



FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS SUJETO A PLAZO EN UN CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA. ANÁLISIS A LA LUZ DE UNA INTERPRETACIÓN FINALISTA DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD”

Tesis presentada por el Bachiller en Derecho:

LUIS FERNANDO RUIZ PACHECO

Para optar el título profesional de abogado

Asesor: Marvin R. Domínguez Butrón

AREQUIPA, 2016

DEDICATORIA

Quiero dedicar esta tesis en primer lugar a mis padres, Marcos y Daly, quienes a lo largo de todos estos años me enseñaron mediante su testimonio de vida los valores de la honestidad, la responsabilidad, la justicia, y sobre todo el amor. Asimismo, me enseñaron a no rendirme ante las dificultades y a levantarme después de cada una de mis caídas para luego seguir luchando aún con todos mis sufrimientos y tristezas. No obstante, lamento no poder llegar a ser ni siquiera la décima parte de todo lo buenos y decentes que ellos son.

En segundo lugar, a mi hermana María Ángela, quien siempre me demostró su amor fraternal siendo una leona conmigo, tanto para corregirme como para defenderme; y a mi abuela materna Elsa, que siempre estuvo conmigo y creyó en mí.

En tercer lugar, a mis amigos Reginaldo y Joselito, con quienes comparto la vocación jurídica y que en todo este tiempo me otorgaron el precioso regalo de su confianza, convirtiéndose de alguna forma en mis hermanos; a Marvin, mi director de tesis, que además de otorgarme su amistad, con su exigencia profesional fungió como mi maestro y padre intelectual, logrando que me “enamorara” de la carrera jurídica y en consecuencia del derecho laboral; y a mis amigos de la Comunidad Académica PIDE de la Universidad Católica San Pablo, que mediante sus gestos de cariño, risas y consejos se volvieron parte de mi familia e hicieron de mi centro de trabajo un segundo hogar.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a Dios por darme siempre las fuerzas necesarias para mantenerme en mis convicciones y luchar contra la adversidad; y a los doctores José Chávez-Fernández Postigo y Daniel Ugarte Mostajo, cuya exigencia además de inspirarme para realizar un trabajo de calidad, me permitió conocer la apasionante vida académica del Derecho.

CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD	1
1. Antecedentes.-	1
2. Definición y concepto.-	3
3. Funciones y fundamentos.-	4
3.1. Funciones.-	5
3.2. Fundamentos.-	6
4. Consecuencias de su aplicación.-	10
4.1. Preservación del orden público laboral.-	10
4.2. La desnaturalización y prevención del fraude laboral.-	11
4.2.1. Fraude a la ley.-	12
4.2.2. Simulación.-	13
4.2.2.1. Simulación absoluta.-	15
4.2.2.2. Simulación relativa.-	16
4.2.2.3. La desnaturalización y la simulación relativa en el ámbito laboral.-	16
4.2.3. Ocultamiento de la relación.-	18
4.2.4. Razones que motivan la simulación relativa.-	19
4.3. Consecuencias jurídicas.-	19
5. El principio de primacía de la realidad en el ordenamiento jurídico peruano.-	20
5.1. A nivel constitucional.-	20
5.2. A nivel legislativo.-	21
5.3. A nivel jurisprudencial.-	22
CAPÍTULO II: LAS FINALIDADES INMEDIATA Y MEDIATA DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD	24
1. ¿Por qué una interpretación finalista de la primacía de la realidad?	24
2. La finalidad inmediata del principio de primacía de la realidad.-	26
2.1. El reconocimiento de la relación laboral a partir de las semejanzas y diferencias con el contrato de locación de servicios.-	27
2.1.1. Semejanzas y diferencias entre los elementos esenciales, naturales y accidentales.-	28
2.1.1.1. Esenciales.-	28
2.1.1.2. Naturales.-	33
2.1.1.3. Accidentales.-	35
2.2. Principales objeciones a partir de los requisitos especiales del contrato de trabajo modal 40	

2.2.1. Sobre la causa objetiva.-	41
2.2.1.1. El principio de causalidad y el fraude a la ley.-	43
2.2.2. Sobre la formalidad escrita.-	47
3. La finalidad mediata del principio de primacía de la realidad	54
3.1. Breves nociones sobre dignidad humana.-	55
3.2. La tutela de la dignidad humana a partir de los ontológicos de la persona presentes en la relación laboral.-	57
3.2.1. La racionalidad.-	58
3.2.2. La incomunicabilidad.-	61
3.2.3. La socialidad.-	62
3.2.4. La juridicidad.-	65
3.3. La desigualdad en la relación laboral	67
3.4. La relación entre el principio protector y el principio de primacía de la realidad.	69
4. Balance	72
CAPÍTULO III: LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS EN UN CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD	74
1. Problemas en la contratación de servicios en relación con la actual aplicación del principio de primacía de la realidad.-	74
1.1. Nueva realidad empresarial: el paso de la tipicidad a la atipicidad y la flexibilización en la contratación laboral.-	75
1.2. La actual mentalidad generacional de los trabajadores y mentalidad empresarial.-	76
1.2.1. La nueva mentalidad empresarial.-	76
1.2.2. La actual mentalidad generacional de los trabajadores.-	78
1.3. La aparición de zonas grises entre el derecho civil y el derecho del trabajo.-	81
1.4. Reflexiones sobre la preferencia por el contrato a plazo indeterminado.-	82
2. El cumplimiento de la finalidad inmediata del principio de primacía de la realidad.	88
2.1. Elementos comunes y diferencias entre el contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo sujeto a modalidad.-	90
2.2. La omisión de señalar la causa objetiva del contrato de trabajo sujeto a modalidad.-	91
2.2.1. La coherencia entre la naturaleza de la prestación y la temporalidad del servicio a prestar.-	96
2.3. La validez o importancia del plazo pactado como elemento accidental del contrato.-	97

2.3.1. La manifestación de voluntad como criterio orientador en la interpretación del contrato.-.....	100
2.4. Otros principios conexos.-.....	101
2.4.1. El principio de buena fe.-	102
2.4.2. La doctrina de los actos propios en el contexto de la relación laboral.-.....	105
2.4.3. El principio de conservación del acto jurídico.-	106
3. El cumplimiento de la finalidad mediata del principio de primacía de la realidad.-	107
4. Consecuencias de la interpretación finalista del principio de primacía de la realidad.- 109	
4.1. Breve análisis económico: El fraude a la ley y la necesidad de aplicar como norma indemnizatoria el artículo 76° del D.S. 003-97-TR.-.....	111
5. La interpretación finalista como mejor alternativa de aplicación de la primacía de la realidad para alcanzar la justicia en el Derecho Laboral.-	115
6. Consecuencias en materia procesal.-	117
CONCLUSIONES.....	119
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	121

RESUMEN

La presente tesis se orienta a demostrar la posibilidad de desnaturalización de un contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo modal a partir de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad que recoja como propósitos inmediato y mediato el reconocimiento de la verdadera relación laboral y la tutela de la dignidad del trabajador respectivamente. En ese sentido, a partir de: 1) el estudio de la primacía de la realidad y del análisis de los contratos de locación de servicios y de trabajo; 2) el estudio de la relación entre la dignidad humana –que comprende a su vez ciertos rasgos ontológicos– y el contrato de trabajo, que a su vez proscribe cualquier posibilidad de fraude laboral; y 3) la consideración de otros criterios jurídicos como el principio de la buena fe, la doctrina de los actos propios y el principio de conservación del acto, alcanzamos a demostrar dicha desnaturalización, adicionando a ello la pertinencia de aplicar la norma indemnizatoria prevista para los contratos a plazo fijo.

INTRODUCCIÓN

Como seres humanos, somos conscientes de la trascendencia individual y social del trabajo en tanto aplicación de nuestras potencias físicas y espirituales, pues obedece a nuestra vocación personal como medio de realización y manifestación de dignidad frente a los demás seres.

Fueron los hechos del siglo XIX como la Revolución Industrial y la Cuestión Obrera los que propiciaron (después de manifestaciones, sabotajes y huelgas al interior de las fábricas) la regulación jurídica de la mencionada actividad humana, dando origen a lo que después se denominaría como Derecho del Trabajo o Derecho Laboral. A consecuencia del grado de protección concedido por el Derecho del Trabajo, muchos empleadores, en perjuicio del trabajador, actuaron fraudulentamente en diversas formas para evitar su aplicación, por lo cual surge el principio de primacía de la realidad destinado a privilegiar los hechos por encima de las formas para reconocer la existencia del contrato de trabajo.

Superada la realidad fabril de la Revolución Industrial, actualmente presenciamos las variaciones en las visiones que se tenían de empresa, formas de prestación de servicio y organización/distribución del trabajo, acompañadas en forma directa por las flexibilizaciones legales y la “huida del derecho del trabajo”. Dentro del problema de tal huida hacia otras ramas del Derecho nos encontramos frente a otro, mucho más puntual: Aunque la norma laboral enuncia que, salvo prueba en contrario, en toda prestación personal, subordinada y remunerada de servicios se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, se excluye la posibilidad de que un contrato de locación de servicios –perteneciente al Derecho Civil– pueda desnaturalizarse en un contrato de trabajo sujeto a modalidad, y los jueces peruanos al momento de declarar la desnaturalización del contrato –fuera de la eventual pretensión de reposición que pueda plantear el trabajador– habitualmente declaran que éste es a plazo indeterminado y no modal, aplicando en consecuencia la norma indemnizatoria prevista para los contratos de trabajo a plazo indeterminado.

La intención del presente trabajo es demostrar la posibilidad de desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad a la luz de una interpretación finalista de la primacía de la realidad que tenga, como propósito inmediato el

reconocimiento de la relación laboral y como propósito mediano la tutela de la dignidad del trabajador en el contexto de la competencia empresarial y el mercado de trabajo, aclarando que éstos propósitos no pueden lograrse en forma separada sino que se relacionan en forma complementaria. Al respecto, podrían objetarse que la desnaturalización de un contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo a plazo indeterminado no limita jurídicamente las posibilidades de reposición y posterior renuncia del trabajador, por lo cual nuestra propuesta devendría en inútil. Sin embargo, esta objeción no resulta aplicable en: 1) aquellos casos en los que se encubre un contrato de trabajo a plazo fijo mediante un contrato civil para luego despedir arbitrariamente al trabajador antes del vencimiento del plazo, toda vez que el trabajador no desee ser repuesto, siendo las consecuencias indemnizatorias cuantitativamente diferentes; y 2) aquellos casos de contratos de locación de servicios que encubren prestaciones que por su propia naturaleza y temporalidad, no obstante los rasgos de laboralidad que conllevan, no podrían encuadrarse dentro de las relaciones laborales a plazo indeterminado. Por lo tanto, son dichos supuestos los que otorgan una relevancia práctica a nuestra hipótesis.

En ese orden, es propósito adicional nuestro proponer ésta interpretación finalista como un método de interpretación de la realidad contractual, por encima de las formas, que nos permita reconocer con mayor detalle el tipo de relación laboral subsistente, pero con el objetivo de tutelar por sobre todo la dignidad del trabajador, elemento inmutable en todas las formas de prestación de servicio. Por ese motivo, nuestros objetivos específicos son tres: 1) Analizar el principio de primacía de la realidad y sus implicaciones; 2) Explicar en qué consiste la finalidad inmediata y mediata del principio de primacía de la realidad; 3) Explicar cómo se lleva a cabo la desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad a la luz del cumplimiento de las finalidades del principio antes mencionado.

El método a utilizar en la presente investigación es el método dogmático. Y en el presente caso, lo que se analizará es la eficacia práctica e interpretación del principio de primacía de la realidad¹ en relación con la posibilidad de desnaturalización del contrato de locación de servicios en un

¹ Cfr. H. CORRAL TALCIANI, *Cómo hacer una tesis en derecho. Curso de metodología de la investigación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 58.

contrato de trabajo sujeto a modalidad como consecuencia de la aplicación del principio de primacía de la realidad a la luz de la interpretación finalista a la que antes hacíamos mención.

Nuestra investigación, distribuida en tres capítulos, se desarrollará según el siguiente itinerario. En el primer capítulo estudiaremos los antecedentes históricos, filosóficos e ideológicos del principio de primacía de la realidad, reparando en su naturaleza jurídica, presupuestos fácticos, fundamentos, características, la desnaturalización como consecuencia jurídica de su aplicación frente al fraude laboral, y su recepción en el ordenamiento jurídico peruano. Por ello, en relación al fraude a la ley y la simulación relativa y absoluta, haremos hincapié en las diferencias entre el ordenamiento civil y el ordenamiento laboral y su relación con el orden público laboral. Asimismo, sabiendo que a diferencia del Derecho Civil, dadas las peculiaridades del Derecho del Trabajo, no se repara mucho en el grado de intencionalidad o responsabilidad de cada una de las partes sino en los hechos², trataremos el problema de la simulación y el fraude desde una perspectiva más amplia u objetiva, matizando un poco dicho elemento volitivo en la diferenciación. Dicho capítulo servirá de “marco teórico” a fin de contar con una visión más amplia que nos permita comprender la aproximación finalista a la que hacemos mención.

El segundo capítulo tendrá como fin desarrollar las bases de las finalidades inmediata y mediata del principio de primacía de la realidad, que se encuentran referidas al reconocimiento de la relación laboral y la tutela de la dignidad del trabajador respectivamente. En ese orden, analizaremos las semejanzas y diferencias entre los contratos de locación de servicios y el contrato de trabajo, incluyendo el contrato sujeto a modalidad. Para ello haremos un estudio comparativo a la luz de los elementos del acto jurídico, recurriendo al Derecho Civil o Derecho Común, como rama general, para entender los elementos esenciales, naturales y accidentales en común de los contratos antes mencionados –para lo cual dedicaremos un apartado a estudiar los elementos de la causa y formalidad–, aclarando que ello no vulnera la especialidad del Derecho Laboral³, pues ambos contratos constituyen actos jurídicos y guardan antecedentes históricos en

² A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, 3ª ed., p.326.

³ Como expresó Mangarelli, el Derecho Laboral, aún con sus consolidadas particularidades, no tiene inconveniente de regresar al Derecho Civil o al derecho común para completar sus soluciones, ampliarlas o incluso reelaborarlas, pero siempre en caso de vacío de la norma laboral y sin contravenir una norma, concepto, o principio del derecho laboral. (Cfr. C. MANGARELLI, “Tendencias del derecho del trabajo”, *Revista Gaceta Laboral. Volumen 15*, Universidad del Zulia, Venezuela, Núm. 1, (2009), p. 95- 96).

común. Asimismo, advertimos que la comparación entre ambos contratos se realizará tomando como referencia la legislación peruana y que no se realizará un estudio exhaustivo de los elementos del acto jurídico ni se discutirá la validez de las teorías que sobre éste o sus elementos existen, acogiéndonos de antemano a la teoría unitaria que considera en forma sinonímica los términos acto jurídico y negocio jurídico. Seguidamente demostraremos, sin perjuicio de completar o fortalecer nuestros argumentos en el capítulo siguiente, que el cumplimiento de la finalidad inmediata del principio de primacía de la realidad estaría incompleto si se descuida el cumplimiento de la finalidad mediata, la cual es tutelar la dignidad del trabajador. Para ello retomaremos los fundamentos antropológicos del trabajo como actividad humana, estudiando la relación de los rasgos ontológicos que se derivan de la naturaleza humana y la aplicación del principio de primacía de la realidad.

En el tercer capítulo trataremos el problema de la desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad, para lo cual –basados en la realidad actual de la contratación laboral– cuestionaremos la preferencia del contrato de trabajo a plazo indeterminado, abordando en forma tangencial algunos estudios sociológicos sobre el trabajo, y, partiendo de la aplicación de la interpretación finalista, propondremos soluciones a los problemas que se presentan en el estudio comparativo de ambos contratos, como son la omisión en el señalamiento de la causa objetiva de contratación y la validez del plazo pactado entre el trabajador y empleador. Por otro lado, demostraremos cómo es que en algunos casos la opción por el plazo indeterminado se puede tornar vejatoria para el trabajador, abordando algunos principios en forma adicional como la buena fe, el abuso del derecho y la doctrina de los actos propios, lo que nos llevará a concluir la necesidad de aplicar como norma indemnizatoria el artículo 76° del TUO del D.L. 728 frente al despido arbitrario.

En suma, sólo trataremos como temas principales el principio de primacía de la realidad, las semejanzas entre los contratos mencionados y la dignidad humana. No ahondaremos en las concepciones o discusiones que se hagan sobre el acto jurídico y sus elementos. Junto al desarrollo del elemento objetivo, matizaremos la relevancia de la voluntad interna de las partes en lo que respecta a la diferencia entre la simulación y el fraude, y por razones didácticas trataremos el presente problema desde la perspectiva de la simulación. Asimismo, no

abordaremos principios como *in dubio pro operario*, de interpretación más favorable y condición más beneficiosa pues nuestro principal punto de partida será el principio de primacía de la realidad. Finalmente, aclaramos que ésta investigación no ha de culminar en una propuesta legislativa toda vez que, conforme a los objetivos de la investigación, no se trata de una investigación de "*lege ferenda*" sino de "*lege data*" que busca proponer una interpretación correctora sobre la base del derecho positivo vigente.

CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

En el presente capítulo, a fin de entender las finalidades inmediata y mediata del principio de primacía de la realidad tratadas en el Capítulo II, se hace necesario estudiar brevemente qué es el principio de primacía de la realidad, sus implicaciones, características, en qué contexto se desenvuelve y con cuáles instituciones jurídicas se relaciona (simulación o fraude), en la medida que ello pueda ayudarnos a resolver los problemas planteados en el Capítulo III.

1. Antecedentes.-

A consecuencia de la instauración que hizo la Revolución Francesa de los valores de la libertad e igualdad como sinónimo y causa única de la justicia¹ y la consecuente constitucionalización del liberalismo, hasta finales del siglo XIX las relaciones que versaban sobre la prestación personal de servicios se encontraron reguladas por el Derecho Civil conforme a la división conceptual que hizo la tradición romanista entre el hombre y la fuerza de trabajo², lo que a su vez conllevaba la exclusión de la realidad humana con sus consecuentes necesidades y desigualdades económicas³ y la acentuación de la ventaja contractual de los empleadores en desmedro de los trabajadores, quienes –dada la necesidad– sólo podían aceptar

¹ Vásquez Vialard critica que en esa época sólo se dio importancia a la justicia conmutativa –en desmedro de la justicia distributiva y general– al reducir la realidad jurídica al mero consenso e ignorar que tanto la injusticia como las patologías contractuales se originaban precisamente en el ámbito individual en mérito a la exageración de la libertad e igualdad. Fruto de ello –en el contexto del iuspositivismo– se consideraría que no existe otra fuente de derecho fuera de la norma positiva, determinada por la sola voluntad humana y absolutamente independiente de su valor intrínseco de justicia (Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 47, 56-57), pues, como expresa Kelsen, la justicia constituye un ideal irracional y la moralidad una forma bastarda de la doctrina del Derecho Natural. (H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2009, 4ª ed., 9ª reimp., pp. 49, 54).

- Una crítica similar: E. ARCE ORTIZ Y J. NEVES MUJICA, *Código del Derecho Laboral. Volumen I: Régimen laboral de la actividad privada*, Palestra Editores, Lima, 2011, p. 15.; M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Ariel, Madrid, 1945, 3ª ed., p. 72.

² Para profundizar sobre los antecedentes históricos del contrato de trabajo: M. DE LA CUEVA, *El nuevo derecho mexicano del trabajo, Tomo I*, Editorial Porrúa S.A., México, 1977, 22ª ed., p. 9.; M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 52-54.; W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1988, p. 29, 40-52.; M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo: teoría y práctica*, Editorial Normas Legales, Lima, 1998, pp. 14-15.; M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho del trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 48-49.; J. RENDÓN VÁSQUEZ, *Manual de derecho del trabajo individual*, Ediciones Tarpuy, Lima, 1981., pp. 53-54.

³ Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., p. 38.; Cfr. M. DE LA CUEVA, *El nuevo derecho mexicano del trabajo, Tomo I...*, cit., p. 9); Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Editorial Palestra, Lima, 2015, p. 112.

las condiciones de trabajo fijadas por los primeros, no obstante ambos sujetos eran considerados como “libres” e “iguales”⁴.

Posteriormente, fruto de las manifestaciones de los trabajadores al interior de las fábricas y la consolidación del Estado Social, bajo una visión teleológica del Derecho⁵ se logró la regulación del Derecho del Trabajo, conformado por unas normas imperativas destinadas a proteger al prestador de servicios y a contrarrestar la desigualdad frente al empleador, garantizando la protección integral del primero mediante el aseguramiento de una remuneración suficiente y justa para la satisfacción de sus necesidades personales y familiares⁶.

Sin embargo, dicha protección conllevó que muchos empleadores –para escapar de la imperatividad del Derecho Laboral– recurrieran al encubrimiento de la relación laboral mediante la suscripción de contratos de cualquier otra naturaleza o la suscripción de contratos sujetos a modalidad con la intención de vulnerar la estabilidad laboral –garantizada mediante la presunción del plazo indeterminado–, siempre amparados en la idea de una autonomía de la voluntad arbitrariamente divorciada del ordenamiento jurídico y que prevalece aún por encima

⁴ Si bien es cierto éstas otorgaban una libertad jurídica –permitiendo teóricamente la estipulación de las cláusulas del contrato–, su ejercicio se tornaba imposible debido a que la realidad socio-económica a la vez se encargaba de ejercer violencia sobre la parte débil de la relación, siendo necesario que posteriormente la ley se encargara de perfilar adecuadamente mediante limitaciones el ámbito dispositivo de las relaciones jurídicas laborales, dando origen al Derecho del Trabajo, “otorgando” más libertades al trabajador en el plano de la seguridad jurídica a costa de “reducir” su ámbito de desplazamiento dispositivo –en lo que respecta a los elementos esenciales y naturales de la relación– a fin de prevenir la violencia que fuera ejercida contra éste.

⁵ Cfr. G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 1963, 9ª ed., pp. 506-507.; Cfr. J. SILVA VALLEJO, *Filosofía del Derecho*, Editorial Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 2009, 1ª ed., p.81.

⁶ Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., pp. 60-61, 338 y ss.

- Krotoschin explica que la especialidad del derecho del trabajo obedece a cambios económicos y sociales que no fueron adecuadamente previstos o resueltos por el derecho común, que además era insuficiente para resolver los problemas de la relación de trabajo conforme a las necesidades materiales y espirituales de la época. A consecuencia de ello empieza a hablarse ya no de justicia sino de justicia social (Cfr. E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, 4ª ed., pp. 7-9).

- Posturas similares: C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 3ª ed., p. 353.; C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 66.; M. DE LA CUEVA, “Prólogo a la primera edición”, en *El nuevo derecho mexicano del trabajo, Tomo I...*, cit., p. XVII. Recomendamos revisar las páginas 85-87 del referido libro.

- Por otro lado, la protección integral del trabajador –ya sea mediante la indemnización o el pago obligatorio del seguro– en un plano jurídico obedece al reconocimiento del factor de atribución objetivo frente al daño a partir de la noción del riesgo creado toda vez que el empleador, en ejercicio de las facultades inherentes a su posición contractual, obtiene ventajas económicas a partir de la puesta en riesgo que conlleva la actividad personal del trabajador; a diferencia del contrato de locación de servicios, en el cual se presume que las partes se encuentran en un pie de igualdad y el factor de atribución frente al daño obedece al dolo y culpa de las partes principalmente y no tanto a un riesgo creado. (Cfr. N. DE BUEN LOZANO, *Derecho del trabajo. Tomo I*, Editorial Porrúa, México, 2008, 18ª ed., pp. 621-630.; Cfr. E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I...*, cit., pp. 339-394).

de este⁷, lo cual daría lugar al principio de primacía de la realidad como un medio para contrarrestar la conducta fraudulenta de los empleadores y reivindicar las relaciones jurídicas ocultas⁸.

2. Definición y concepto.-

La primacía de realidad es un principio laboral⁹ cuyo enunciado –en palabras de Plá Rodríguez– establece que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos¹⁰”. No obstante, el referido principio tiene como punto de partida el clásico aforismo del Derecho Civil que establece que “las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina¹¹”.

Tal enunciado se relacionaría con lo que De la Cueva conceptuó bajo el término “marco del contrato” o “contrato realidad” toda vez que –como señala dicho autor– para entender y justificar la protección del Derecho del Trabajo no basta el contrato –que puede ser declarado nulo o inexistente– sino que se requiere la prestación efectiva de la tarea, por lo cual el contrato de trabajo deja de ser consensual desde el momento en que para surgir a la vida del Derecho no basta el acuerdo de voluntades¹². Y aunque los demás autores laboristas siguen los lineamientos dados por Plá Rodríguez, conviene destacar algunos aportes adicionales hechos

⁷ Recomendamos revisar: E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Editorial Palestra, Lima, 2013, 2ª ed., pp. 33-42.

⁸ Para mayor profundización sobre la historia del referido principio: A. ESPINOZA PRIETO, “El principio de la primacía de la realidad o de los hechos y el pecado contra el ideal”, en *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Volumen I*, Fundación Universitas, Venezuela, 2011, pp. 508-509.; A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998, 3ª ed., pp. 314-315.

⁹ Aunque el principio materia de análisis no es expresamente constitucional, la STC Exp. N° 0008-2005 PI/TC, del 12 de agosto de 2005, F.J. 20., precisa que los principios son “aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas. La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “impotente”.

- Cfr. M. PASCO COSMÓPOLIS, “Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo”, en SOCIEDAD PERUANA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SPDTS), *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Grijley, Lima, 2004, pp. 24-25.

¹⁰ A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., p. 313.

¹¹ Cfr. J. NEVES MUJICA, *Introducción al derecho laboral*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, 2ª ed., p. 36.; Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 394-395.

¹² S. GAMONAL CONTRERAS, *Introducción al Derecho del Trabajo...*, cit., p. 174.

- Otras acepciones y críticas a ésta denominación: A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho...*, cit., pp. 313 y ss.

por éstos. Es así que Sanguinetti Raymond señala que dicha primacía se encuentra presente en todas las fases de la relación laboral, determinando que el contrato de trabajo sea conceptualizado como un contrato real. Sin embargo, dado su carácter tuitivo, solamente es susceptible de ser invocada en beneficio del trabajador cuando de la realidad se desprende que le corresponden un status o beneficios superiores a los que lo estipulado le concede¹³. Por otro lado, Palavecino Cáceres vincula dicho principio con el carácter realista del Derecho Laboral pues la existencia del contrato de trabajo depende no del acuerdo de las partes sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado¹⁴. Y es que dicha relación, al tener por objeto a la “fuerza de trabajo”, solo depende de la voluntad de las partes en cuanto a la aceptación de prestar el servicio a cambio de una remuneración –lo cual excluye el trabajo forzoso o la esclavitud–, mas no en cuanto a la naturaleza del contrato en sí mismo porque se requiere la prestación personal efectiva de servicio para poder afirmar su existencia. Por esto resulta falaz priorizar la “voluntad” de las partes frente a la puesta en ejercicio de la fuerza de trabajo.

No obstante, quizá las ideas antes citadas, de acuerdo al problema de investigación, es decir, la desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad, puedan resultar de por sí insuficientes si no se asume una interpretación finalista del mencionado principio. Es probable que, como desarrollaremos más adelante, los conceptos citados se alineen dentro del cumplimiento –limitado, sesgado o insuficiente– de la finalidad inmediata de dicho principio al no considerarse todos los elementos contractuales presentes. Sin embargo, esto será desarrollado en el capítulo siguiente de la presente investigación, la cual no solo involucra un desarrollo de la interpretación finalista sino que además constituye una propuesta por parte del autor a fin de lograr una mejor solución al problema del fraude laboral.

3. Funciones y fundamentos.-

¹³ Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., pp. 67-68. El autor precisa que en aplicación de este principio, cuando se trate de dilucidar la naturaleza de la relación jurídica, se debe pasar sobre los aspectos formales para atender a si en el comportamiento real de las partes se verifican los presupuestos de existencia de contrato de trabajo. Igualmente, en la esfera misma de lo laboral, primará sobre cualquier estipulación dicho comportamiento.

¹⁴ Cfr. C. PALAVECINO CÁCERES, *Los principios del derecho del trabajo*, p. 16

3.1.Funciones.-

Partiendo del hecho de que la primacía de la realidad se origina en el contexto de los principios generales del Derecho del Trabajo –dado que estos constituyen garantías mínimas establecidas por las leyes–, dichos principios –en palabras de Podetti–, cumplen una triple función: 1) De política legislativa, en el sentido que las leyes laborales se encuentren imbuidas de las virtualidades incitas de cada principio; 2) Normativa, pues constituyen fuente supletoria en caso de ausencia de la ley; y 3) Interpretativa, porque implican una operación lógica-valorativa del alcance de las normas laborales¹⁵. Sin embargo, tratándose de la primacía de la realidad, añadimos una cuarta función: ser un mecanismo de preservación del orden público laboral¹⁶.

Esta última función se concreta en un criterio de dirección de la labor jurisprudencial que, fundamentado en la protección del trabajador, contrarresta el fraude laboral, pues, como señaló Romero Montes, en el proceso laboral no solamente se averigua lo que las partes desearon sino cómo se comportó la realidad¹⁷. Por ese motivo, interesa al Juez constatar la presencia de los elementos esenciales de dicha relación y privilegiar éstas por encima de lo “pactado” por las partes¹⁸, dado que las peculiaridades del contrato de trabajo y los fundamentos del principio de primacía de la realidad –que a continuación estudiaremos– generan que ante la imposición de una forma extra-laboral y el fraude por parte del empleador en la celebración del contrato, la

¹⁵ Cfr. H. PODETTI, “Los principios del derecho del trabajo”, en N. DE BUEN LOZANO Y M. MORGADO VALENZUELA, (coords.), *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 1997, pp. 143-144.

- En el mismo sentido: J.I. ORSSINI, “Los principios del derecho del trabajo”, en J.C. CORBETTA (Dir.), *Anales*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Año 7, N° 40, Nueva serie 2009-2010, p. 497.

¹⁶ Boza Pro señala que la naturaleza jurídica de éste principio es la de ser un mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico frente al fraude laboral. (Cfr. G. BOZA PRO, “Principio de primacía de la realidad y función inspectiva del Ministerio de Trabajo”, Academia de la Magistratura, Perú, (Octubre 2001), Disponible en: http://catalogo.amag.edu.pe/web/html/servicios/archivos_articulos/2001/Boza_primacia.htm (Último acceso: 12-05-2016).

¹⁷ F. ROMERO MONTES, *El nuevo proceso laboral*” *Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Editorial Grijley., p.41.

¹⁸ Este punto será profundizado al final del presente capítulo, pues el mismo se encuentra dedicado al estudio del principio de primacía de la realidad en el ordenamiento jurídico peruano. Sin perjuicio de ello, a propósito del estudio de la línea jurisprudencial constitucional peruana, recomendamos revisar STC Exp. N° 5057-2013-PA/TC, del 16 de abril de 2015, Caso Huatuco, Voto en discordia del magistrado Blume Fortini, pp. 10-36.

presunción de laboralidad opere en favor del trabajador y le sean aplicables todos los beneficios otorgados por dicha legislación, los cuales son indisponibles para ambos sujetos del contrato¹⁹.

3.2.Fundamentos.-

Mientras que para Decap Carrasco los fundamentos de este principio son la imperatividad, dinamismo, aformalismo, inconclusividad, y el carácter concreto y protector²⁰; para Plá Rodríguez son la buena fe, la dignidad de la actividad humana, la desigualdad de las partes y la interpretación racional de su voluntad²¹. Al respecto, consideramos que el primer fundamento del referido principio es la dignidad humana, el cual desarrollaremos a continuación y tomaremos como punto de partida para desarrollar los fundamentos restantes.

a) Dignidad humana.-

Partiendo del hecho de que a diferencia del resto de los seres –entiéndase animales o cosas– la persona humana se caracteriza por su elevado grado de perfección ontológica, la dignidad humana conlleva un deber de respeto, y de ella se derivan exclusivamente, entre otros, los rasgos ontológicos de la racionalidad y la libertad, los cuales son principio esencial del trabajo como actividad humana y le dan esta nota de exclusividad. Y como el sujeto que ejecuta la acción es un sujeto “digno”, el trabajo, como acción personal, es una actividad digna en sí misma merecedora de respeto²². Es por este motivo que, siendo el primer fundamento del referido principio la dignidad humana, la invocación que se haga de este, al tener por objeto que

¹⁹ Por razones metodológicas, debido a que es necesario estudiar previamente los fundamentos y características de éste principio, estudiaremos el fraude laboral en el título que se refiere a las consecuencias de la aplicación de la primacía de la realidad.

²⁰ Cfr. P. DECAP CARRASCO, *El Principio de la Primacía de la Realidad en la Relación Individual de Trabajo*, Seminario de Titulación Universidad de Concepción, 1987, p. 68 y ss., citado por M. BRAVO ARRIAGADA Y J. ROSAS CHUAQUI, *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el derecho del trabajo*, Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2006, nota 42. En Cybertesis Chile. Disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/bravo_m/html/index-frames.html (Último acceso: 12-05-2016).

²¹ Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 333-339.; Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de Estado social...*, cit., p. 396-399.

- Para Gamonal Contreras, el fundamento del referido principio radica en la desigualdad de las partes. (Cfr. S. GAMONAL CONTRERAS, *Introducción al Derecho del Trabajo...*, cit., p. 176.)

²² Cfr. N. DE BUEN LOZANO, *Derecho del trabajo. Tomo I...*, cit., p. 19.; Cfr. M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., p. 35.

- Sin perjuicio de lo anterior, recomendamos revisar el tercer capítulo del presente trabajo, referido a la dignidad del trabajador.

se reconozca la relación laboral y se apliquen las normas laborales que tutelan la dignidad humana, constituye una acción legítima y amparable por el ordenamiento jurídico.

b) Desigualdad de las partes.-

La celebración del contrato de trabajo presupone un grado de desigualdad económica y jurídica entre las partes que se presta a la posibilidad de abusos por parte del empleador dada su situación de ventaja en las negociaciones²³. En ese extremo, el encubrimiento de la relación de trabajo para evitar la aplicación de las normas laborales que se orientan a tutelar la dignidad del trabajador constituye un abuso de dicha posición de ventaja²⁴.

c) La exigencia de la buena fe.-

Ya sea como consecuencia del abuso del empleador o del “acuerdo” de las partes para evadir la imperatividad del Derecho Laboral, más aún en el primer caso, dado que en el encubrimiento de la relación jurídica de antemano está previsto el perjuicio a una de las partes y que todo acto que tenga por objeto negar la realidad propiamente atenta contra la buena fe, el principio de primacía de la realidad ha de reivindicar la confianza vulnerada en las relaciones laborales²⁵.

d) Imperatividad.-

Partiendo de que la dignidad humana como fundamento legitimador de la sociedad y el Estado constituye uno de los valores tutelados por el orden social, sumando a ello los fundamentos de la desigualdad de las partes y la exigencia de la buena fe, resulta que toda norma jurídica que pretenda regular las relaciones laborales, por causa de la preservación del orden público, se vuelva imperativa. En consecuencia, en la celebración del contrato de trabajo, al ser un “contrato realidad” tutelado por el orden social, no cabe la posibilidad de que sea la voluntad

²³ Cfr. STC Exp. N° 0008-2005 PI/TC, del 12 de agosto de 2005, F.J. 20.

²⁴ Al respecto, recomendamos revisar el segundo capítulo del presente trabajo, referido a la dignidad del trabajador.

²⁵ No obstante, Plá Rodríguez señala que afirmar el imperio de la realidad es rendir tributo al principio de la buena fe, que inspira y sustenta todo el orden jurídico, como exigencia indispensable de la idea de justicia. Por otro lado, la primacía de los hechos sirve para cubrir todas las divergencias existentes, ya sea que provengan del dolo o del error de las partes, sin necesidad de evaluar el grado de intencionalidad en ambos casos. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., p. 334).

de las partes la que determine la naturaleza de dicho contrato. Por ese motivo, basta con que exista la prestación personal, subordinada y remunerada del servicio para que se considere celebrado el contrato de trabajo²⁶.

e) Interpretación racional de la voluntad de las partes.-

A consecuencia de la imperatividad del Derecho del Trabajo, que involucra las limitaciones a la voluntad de las partes respecto de la determinación de la naturaleza del contrato, la prestación efectiva y subordinada de servicios y la consecuente remuneración constituyen un consentimiento tácito en la celebración del contrato, lo cual sobrepasa las estipulaciones formales o documentales que éstas hagan sobre la esencia de éste²⁷.

f) Inconclusividad.-

Como señaló De la Cueva, debido a que el Derecho Laboral surgió por etapas en armonía con las transformaciones de la sociedad, encontrándose constantemente atento a las necesidades humanas, el catálogo de derechos que conceda, instituciones, normas y principios no está cerrado, y nunca se cerrará, y si algún día llega a cerrarse será porque ha surgido una estructura social nueva²⁸.

²⁶ Para De la Cueva, el Estado tiene la función social de vigilar la aplicación de las normas laborales a todas las prestaciones de trabajo y de poner en conocimiento del empleador las violaciones que hubiese encontrado a fin que las corrijan, y cuando la recomendación no sea acatada, imponer las sanciones que autorice la ley; y en ese sentido, los trabajadores tienen el deber de exigir el respeto de sus derechos, los empleadores tienen el deber de cumplir con el mandato constitucional al que no pueden sustraerse pues este mandato emana del pueblo, y por último el Estado tiene el deber de tutelar los derechos laborales, lo que origina que pueda actuar de oficio, porque de no ser así, dicha Imperatividad sería ilusoria. (M. DE LA CUEVA, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Tomo I..., cit., p. 101).

- Cfr. S. GAMONAL CONTRERAS, *Introducción al Derecho del Trabajo...*, cit., p. 174.

²⁷ Plá Rodríguez al respecto expresa que siendo el contrato de trabajo uno de tracto sucesivo que se prolonga en el tiempo, va sufriendo modificaciones respecto del contrato primigenio, las cuales deben atribuirse al consentimiento tácito de las partes. Su ejecución es de una determinada manera porque las partes así lo desean y los hechos traducen la voluntad real de estas sobre las formas o documentos iniciales o los formulados unilateralmente por una de ellas con posterioridad. En tales supuestos, la realidad que fluye de los hechos ha de prevalecer sobre lo que se haya expresado en los documentos. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho...*, cit., pp. 335-338., Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de Estado social...*, cit., p. 397).

²⁸ M. DE LA CUEVA, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Tomo I..., cit., p. 98.

- Aunados a la posición del citado maestro, consideramos que nos encontramos frente a un derecho laboral inconcluso, y que justo en ese hecho el principio de primacía de la realidad se vuelve pertinente y necesario, toda vez que, dado el carácter dinámico del Derecho del Trabajo –a consecuencia de la misma realidad social siempre cambiante–, las relaciones contractuales que versan sobre la prestación de servicios han de variar con el transcurso del tiempo, quedando muchas de ellas fuera del ámbito de protección que otorgan las leyes laborales, por lo tanto siempre será necesario recurrir al principio de primacía de la realidad para suplir las deficiencias de la legislación laboral.

- Para Gamonal Contreras se trata de “un derecho que busca incansablemente nuevas normas que reparen el desajuste social que le ha dado origen”. (S. GAMONAL CONTRERAS, *Fundamentos del Derecho...*, cit., p. 22).

g) Dinamismo.-

Siendo que el Derecho del Trabajo responde a la realidad social y a la necesidad de proteger la dignidad del trabajador, su normativa ha de buscar, en el marco del contexto social, la optimización de las condiciones laborales en la medida en que éstas permitan brindar un trato adecuado a la dignidad humana. Por éste motivo, el presente fundamento se vuelve relevante para la aplicación del principio de primacía de la realidad toda vez que a consecuencia del reconocimiento de la relación de trabajo empañada por el fraude laboral, automáticamente deberán operar las normas tuitivas del Derecho Laboral por tratarse de un contrato realidad²⁹.

h) Aformalismo.-

Partiendo de los fundamentos de la imperatividad y de la interpretación racional de las partes del contrato, la prestación personal, subordinada y remunerada de los servicios, hace prevalecer los hechos por encima de cualquier documento, siendo que, en consecuencia, la invocación y aplicación del principio en cuestión no obedecen a ninguna formalidad.

i) Carácter concreto.-

Dado que las formas de trabajo pueden obedecer a diferentes especificidades y condiciones, por la primacía de la realidad se hace necesario analizar cada caso concreto para determinar la naturaleza de la relación.

j) Carácter protector.-

En palabras de Blancas Bustamante, los derechos laborales aparecen dotados de una finalidad protectora que busca compensar a través de la norma laboral la desigualdad material existente entre el trabajador y el empleador, reconociendo al primero un conjunto básico de derechos que se aplican al margen de la voluntad de las partes, excluyendo la capacidad de éstas de establecer el contenido del contrato de trabajo, cuando menos en lo que se refiere a sus

²⁹ Gamonal Contreras afirma que se trata de un derecho con fuerza expansiva debido a que su ámbito de aplicación se extiende hacia otros sectores como el público, trabajadores independientes y otros sectores laborales. (Cfr. S. GAMONAL CONTRERAS, *Fundamentos del Derecho*..., cit., p. 22).

aspectos fundamentales. Esto se entiende en el sentido de que frente a la intención del empleador de prevalerse de figuras no laborales para incumplir los mandatos imperativos del Derecho del Trabajo, no se pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas por las normas legales, concretamente, la celebración del contrato de trabajo³⁰.

4. Consecuencias de su aplicación.-

Como señalamos anteriormente, a diferencia de lo sostenido por Boza Pro, consideramos que la naturaleza jurídica del principio de primacía de la realidad es la de ser un mecanismo de preservación del orden público que busca prevenir el fraude laboral³¹, el cual se traduce en consecuencias prácticas como:

4.1. Preservación del orden público laboral³².-

Recordando el fundamento de la imperatividad al que antes hicimos mención, tenemos que en mérito al deber de proteger dignidad humana frente la desigualdad de las partes del contrato de trabajo, el ordenamiento jurídico laboral se encuentra inspirado primordialmente por un conjunto de reglas y principios en virtud de los cuales las normas laborales tienen el carácter de

³⁰ Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 67; Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 270.

³¹ Boza Pro señala que la naturaleza jurídica de éste principio es la de ser un mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico frente al fraude laboral. (Cfr. G. BOZA PRO, “Principio de primacía de la realidad...”, Op. Cit.).

³² Cuando hablamos de “Ordenamiento jurídico laboral” estamos haciendo referencia al “Orden público laboral”, toda vez que el primero se compone de normas imperativas que garantizan la voluntad privada rodeándola de garantías que aseguren su libre formación y manifestación, valorizada como expresión de la propia personalidad humana (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho...*, cit., p. 127); y el segundo, como señala Vásquez Vialard, es una consecuencia práctica de la reducción de la capacidad de concertar el negocio laboral que el Derecho del Trabajo impone a las partes, pues como especie del Orden Público General –que protege valores fundamentales de la vida social que de ser lesionados no afectan sólo a una víctima o al trabajador sino a la comunidad–, en el marco del Derecho Laboral su lesión sólo ataca a los trabajadores. (Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 305-315). En consecuencia, si el ordenamiento jurídico laboral se compone esencialmente de normas imperativas que tutelan al trabajador, y el orden público laboral también constituye una reducción de la absoluta libertad de las partes con el objetivo de tutelar al trabajador, sólo es posible concluir la sinonimia entre ambos términos. Hacemos tal relación en mérito a que tanto el ordenamiento jurídico laboral como el orden público laboral se caracterizan por su Imperatividad e indisponibilidad, reflejadas en la mayor parte de normas laborales. De hecho, en palabras de Gamonal Contreras, el orden público laboral es la característica principal del Derecho del Trabajo. (Cfr. S. GAMONAL CONTRERAS, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 107).

- Para mayor profundización sobre las nociones de orden público y la relación con el derecho laboral: R. CALDERA, *Derecho del Trabajo. Tomo I*, Librería “El Ateneo” Editorial, Argentina, 1960, 2ª ed., p. 190; N. DE BUEN LOZANO, *Derecho del trabajo. Tomo I...*, cit., pp. 556-557.

indisponibles, lo cual resta validez a todo acto, ya sea unilateral o bilateral, que pretenda desconocer las prescripciones o proscripciones del ordenamiento laboral.

4.2. La desnaturalización y prevención del fraude laboral.-

Siguiendo a Boza Pro³³, consideramos que dentro del fraude laboral –entendido como toda conducta antijurídica que atenta contra el orden público laboral– se encuentran el fraude a la ley, la simulación y la ocultación de la relación, y en ese orden desarrollaremos el presente título.

La desnaturalización constituye una consecuencia de la aplicación de la primacía de la realidad debido a que tanto el contrato de locación de servicios como el contrato de trabajo guardan muchas similitudes en sus elementos esenciales, naturales y accidentales –empezando porque ambos regulan la prestación personal de servicios a cambio de una retribución económica–, lo que provoca que la línea distintiva sea muy delgada y se pase muy fácilmente de una relación civil a una relación laboral. Tal es el caso que, dada la superioridad económica del empleador respecto del trabajador, se emplean contratos de locación de servicios con la intención de encubrir contratos de trabajo mediante la simulación o el fraude³⁴.

Actualmente se emplean en forma indistinta los vocablos simulación y fraude (concretamente, la simulación relativa) pues ambas se manifiestan claramente como la antítesis del orden público laboral. Las diferenciaciones que se han tratado de hacer son variadas, sin llegar a un consenso total³⁵ debido a las peculiaridades del Derecho Laboral y las consecuencias prácticas de la primacía de la realidad³⁶, pues en su rol de garante del orden público laboral, y

³³ Cfr. G. BOZA PRO, “Principio de primacía de la realidad...”, Op. Cit.

³⁴ Para mayor profundización: A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 372-373.; R. MURGAS-TORRAZZA, “Las situaciones de fraude en la relación de trabajo. Doctrina, derecho comparado y situación en el derecho panameño”, en *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Volumen 2*, pp. 241-272.

³⁵ Para ello, se puede revisar las opiniones dadas por E. ARAUJO SÁNCHEZ, “Los negocios jurídicos fraudulentos y simulados en las relaciones jurídicas individuales del régimen laboral especial de construcción civil”, *Revista Ita est*, Facultad de Derecho, Universidad de San Martín de Porres, (Septiembre 2011), pp. 6-7. Artículo disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2013/Articulos_estudiantiles/09-2011_los%20negocios%20juridicos%20fraudulentos%20y%20simulados.pdf (Último acceso: 12-05-2016); E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., pp. 227-229; M. BAYUGAR, *Simulación y Fraude Laboral*, Portal Web de Asistencia Jurídica. Artículo disponible en <http://www.abogadadefensora.com.ar/derecho-laboral-tac/7simulacion-fraude.pdf> (Último acceso: 12-05-2016); J. NEVES MUJICA, *Introducción al derecho laboral...*, cit., pp. 36-38; J. UGARTE CATALDO, *El nuevo derecho del trabajo*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2004, pp. 59-61.; A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 372-376.

³⁶ En ese sentido, para Plá Rodríguez importa más lo que ocurre en la práctica que aquello que las partes hubiesen pactado, indistintamente de cómo se produzca el desajuste entre los hechos y la forma. No es necesario analizar y valorar el grado de

en el contexto de la legislación peruana, opta por la declaración de existencia de relaciones laborales a plazo indeterminado en cualquiera de los casos³⁷.

Por otro lado, si bien es cierto que, en mérito al carácter imperativo del Derecho del Trabajo no se da mucha cabida a la autonomía privada en la celebración de los actos que interesan a ésta rama del Derecho sino a criterios objetivos³⁸, por las razones antes expuestas y por razones didácticas, conforme aclaramos en la introducción, no solo trataremos el problema de la desnaturalización (en el marco de la simulación) en sentido general, sino que, a fin de evitar confusiones y dada su pertinencia, se hará una breve diferenciación entre la simulación y el fraude –en el contexto del Derecho Laboral–, y concretamente el fraude a la ley³⁹ pero desde una perspectiva más lata y no tan estricta como la del Derecho Civil, ya que este último incide fuertemente en el grado de intencionalidad de las partes⁴⁰.

4.2.1. Fraude a la ley.-

Se produce cuando bajo el amparo de una norma de cobertura –frustrando su espíritu y finalidad– se pretende obtener un resultado proscrito por otra, que constituye la norma defraudada⁴¹.

responsabilidad o intencionalidad de las partes. Y una vez demostrados los hechos, no podrán contrarrestarse o ser neutralizados por documentos o formalidades. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho...*, cit., pp. 326-327.; Cfr. A. ESPINOZA PRIETO, “El principio de la primacía de la realidad...”, cit., pp. 512-513).

- Al respecto, Gamonal Contreras afirma que debido al problema que presenta la doctrina civil respecto de la necesidad de probar la intención, lo que en materia laboral representaría un obstáculo prácticamente insalvable, el Derecho Laboral como solución propia, simple y protectora ha estructurado la primacía de la realidad, de aplicación objetiva sin necesidad de entrar a una “prueba diabólica” como puede ser la intencionalidad. (Cfr. S. GAMONAL CONTRERAS, *Fundamentos del Derecho...*, cit., p. 183).

- Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 376.

³⁷ Por ejemplo, Neves Mujica señala que puede lograrse el fraude a la ley utilizando diversas vías, una de las cuales es la simulación. Habría concurrencia de ambas instituciones si el negocio en fraude fuera el oculto. (J. NEVES MUJICA, *Introducción al derecho laboral*, cit., p. 38).

³⁸ Aclaramos que respecto del contrato sujeto a modalidad, se requiere tomar en cuenta la causa objetiva y la causa subjetiva del contrato conforme al principio de causalidad. Esto será explicado con mayor detalle en el siguiente capítulo.

³⁹ Herrero Nieto señala que el fraude de ley no es una oposición larvada a ésta, como sucede con la simulación, pues en el fraude se busca caer bajo la sanción de aquella otra norma distinta que los prohíbe, mientras que la simulación no logra sustraer el negocio a la aplicación de la norma bajo cuyo ámbito debe caer. (Cfr. B. HERRERO NIETO, *La simulación y el fraude a la ley en el derecho el trabajo*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 135-136., citado por E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., p. 227, nota 263).

⁴⁰ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 372-373.

⁴¹ Arce Ortiz señala que “el negocio fraudulento será el que pretenda sustraer de su ámbito natural a la norma que se utiliza, pues usa la ley para un fin distinto del perseguido por ella” (Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., p. 228). - Ferrándiz Gabriel dice: “No es, por desgracia, infrecuente que quien debe hacer o no puede hacer algo no se resigne y pretenda burlar el mandato o la prohibición, al amparo de una regla distinta, que tolera, al menos aparentemente, la omisión o la acción

Para el Derecho Laboral se trata de todo acto que si bien es cierto no evita directamente las normas imperativas, mediante la aplicación de otra norma pretende obtener un resultado no querido por éstas, tratándose de una elusión de la norma laboral. En este caso, a diferencia de la simulación que trataremos en el siguiente acápite, la discusión no versa sobre la validez del acto celebrado sino sobre la celebración de actos jurídicos que, si bien es cierto, en forma objetiva no contravienen la “imperatividad” de la ley laboral, en forma subjetiva pretenden evitar los efectos o fines perseguidos por la norma laboral empleando figuras lícitas contempladas por ésta a costa de ocasionar perjuicios al trabajador. O dicho de otra manera, en forma subjetiva se busca ocasionar un perjuicio al trabajador sin contravenir objetivamente –entiéndase textualmente– la normativa laboral. Como ejemplo tenemos la celebración de un contrato de trabajo sujeto a modalidad para evitar la contratación a plazo indeterminado, debido a que se trata de actos jurídicos laborales válidos pero empleados con una intención diferente.⁴²

4.2.2. Simulación.-

Partiendo de consideraciones generales, algunos autores señalan que el acto o negocio es simulado cuando las partes, con el fin de engañar a terceros, establecen un acuerdo para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, mostrando un valor exterior aparente, y que por tanto no producirá efectos jurídicos entre ellas, sea porque la voluntad real no coincide con la voluntad declarada o porque se pretende ocultar la verdadera naturaleza del acto⁴³. En ese orden, la simulación supondría una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio con propósito de engaño a terceros y persiguiendo un fin lícito o ilícito. Puede ser de dos tipos: absoluta y relativa⁴⁴. Al respecto,

ejecutada. En el ámbito de la autonomía privada esa forma de actuar se manifiesta con la utilización de un tipo negocial permitido o tolerado, para obtener un resultado no querido por alguna de las normas que componen el ordenamiento jurídico”. (J. FERRÁNDIZ GABRIEL, “El contrato en fraude de ley”, *La Notaría - Boletín* (desde 1995), Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, Núm. 10/1997 (Octubre 1997), p. 1 y ss. Id. vLex: VLEX-232700. Disponible en <http://vlex.com/vid/contrato-fraude-ley-232700> (Último acceso: 12-05-2016).

- Cfr. A. SEMPERE NAVARRO Y A. CRISANTO CASTAÑEDA, “La costumbre en la aplicación del Derecho del Trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 88, (Julio 2011), pp. 67-87.

⁴² Como explicaremos en el segundo y cuarto capítulo respecto de la causa del contrato de trabajo sujeto a modalidad, se requiere tomar en cuenta la causa objetiva y la causa subjetiva del contrato conforme al principio de causalidad.

⁴³ Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto Jurídico*, Editorial Idemsa, Lima, 3ª ed., p. 582.; Cfr. M. OLIVOS CELIS, “Diferencias injustificadas: El tratamiento de la simulación de los actos jurídicos como institución y como causal de nulidad según el Código Civil de 1984”, *IUS Revista de Investigación Jurídica*. Volumen I, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, (Enero 2011), Núm. 1, p. 4.

⁴⁴ Cfr. J. NEVES MUJICA, *Introducción al derecho laboral...*, cit., p. 37.

Arce Ortiz señala que para que exista la simulación de un negocio jurídico es necesario que las partes intervinientes coincidan en querer encubrir la realidad con un ropaje jurídico distinto al que les corresponde⁴⁵.

Aunque dichas perspectivas hacen un énfasis en el consenso de las partes respecto del engaño dirigido a terceros⁴⁶, consideramos que, a diferencia del fraude a la ley laboral, en la simulación, aunque se trate de una imposición del empleador al trabajador, lo que objetivamente se discute es la validez del contrato simulado o la validez del contrato presuntamente disimulado por encima del contrato simulado a partir del análisis de los hechos constitutivos de la relación de trabajo en razón de la Imperatividad del Derecho Laboral. Y de hacer énfasis en el elemento del “engaño dirigido a terceros”, objetivamente este se constata en el sentido que, tratándose de una evasión del orden público laboral –concretado en la misma legislación–, la simulación se encuentra dirigida a engañar a la sociedad, que asume en su conjunto el rol del tercero afectado toda vez que el orden público laboral es la materialización del interés de la comunidad que se lesiona con el desconocimiento de un derecho que tiene relación directa con el bien común⁴⁷.

Por esa razón, trataremos el término simulación en un sentido más amplio, haciendo referencia al simple hecho de fingir la celebración de un acto que en verdad no se quiso

⁴⁵ Por su parte, Lohman Luca de Tena señala que las características de la simulación son: a) el propósito de provocar una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado, b) El conocimiento de la divergencia de lo querido y lo que se declara, y c) el convenio o acuerdo de simulación. (Cfr. J. LOHMAN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico actualizado*, Editorial Grijley, Lima, 1994, p. 50., citado por M. OLIVOS CELIS, “Diferencias injustificadas...”, cit., p. 5, nota 21).

- Según Díez-Picazo, una de las características de la simulación es el propósito de engañar o defraudar a los terceros extraños al acto. (Cfr. L. DIEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2001, 11º ed., p. 512).

- En similar forma se expresa Ferrara. (Cfr. F. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos. Volumen IV*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2004, p. 6).

⁴⁶ Cabe mencionar la postura de Espinoza Prieto, que, adhiriéndose a la postura de Hernández Álvarez, diferencia la simulación del Derecho Común de la simulación del Derecho Laboral, toda vez que en ésta última no existe una voluntariedad concertada para la simulación del acto, pues, dada la asimetría en la relación laboral, la “calificación” de los hechos obedece a una imposición del empleador; y aunque hubiese la voluntad del trabajador, ésta no legitima dicha simulación en mérito al principio de irrenunciabilidad de derechos. Por ello, cuando se trata del principio de primacía de la realidad, prefiere hablar de fraude a la ley porque ésta se constituye de maniobras tendientes a eludir en forma indirecta la aplicación de la ley imperativa laboral. En esa misma línea, la simulación estaría limitada a supuestos de menor importancia práctica. (v.gr. declarar la existencia de relaciones laborales inexistentes, salario o antigüedad diferentes a los verdaderos para obtener beneficios de terceros. (Cfr. A. ESPINOZA PRIETO, “El principio de la primacía de la realidad...”, cit., p. 512.)

⁴⁷ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 274

celebrar⁴⁸ o la celebración de un acto para disimular otro, dejando de lado el elemento subjetivo –acuerdo parcial o total de las partes en la celebración–⁴⁹.

4.2.2.1. Simulación absoluta.-

En materia laboral coincide perfectamente con la simulación absoluta contemplada por el Derecho Civil, pues en ambos casos las partes crean la apariencia de un contrato que no tienen intención de celebrar, constituyendo la forma más simple y condenada de simulación, por lo que recibe una mayor sanción. Como señala Díez-Picazo, ésta supone haber creado, en su totalidad, la apariencia de un negocio, aunque en realidad no se quiso nada; es decir no se quiso dar vida al negocio verdadero⁵⁰, pues las “partes” quieren solamente la declaración, pero no sus efectos, creándose una mera apariencia carente de consecuencias jurídicas, siempre destinada a engañar a terceros⁵¹.

Al respecto, podríamos citar el clásico caso en el cual las partes crean la apariencia de un contrato de trabajo que realmente no tienen intención de celebrar, con la intención de beneficiarse indebidamente de prestaciones de la seguridad social⁵² –teniendo como tercero engañado al Estado– pues para la celebración de este contrato se requiere indispensablemente de la concurrencia de los elementos fácticos como la prestación personal de servicio, remuneración y subordinación por tratarse de un contrato realidad.

⁴⁸ Este extremo concierne a la simulación absoluta. Sin embargo, haremos las aclaraciones pertinentes en las líneas siguientes.

⁴⁹ A diferencia del fraude a la ley, en el que sí se requiere conciencia y voluntad respecto de la frustración de la finalidad de la norma laboral pues en todo momento se celebra un acto válido, en la simulación no tomamos muy en cuenta la voluntad unilateral o bilateral de las partes porque se trata de conductas objetivas que, presuponiendo el factor subjetivo, buscan sustraerse del orden público laboral. Como dijo Plá Rodríguez, no es necesario entrar a analizar y pesar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que ocurra en el terreno de los hechos. Incluso el autor describe la simulación relativa como el simple hecho de disimular el contrato real sustituyéndolo fictivamente por un contrato distinto, sin dejar de lado la distinción que hace entre las simulaciones concertadas bilateralmente y las impuestas unilateralmente. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho...*, cit., pp. 325-327).

- Según Toyama Miyagusuku, ante la ausencia de normas específicas que regulen los supuestos de validez y eficacia del contrato de trabajo, tenemos que aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Civil. (J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Validez y eficacia del contrato de trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Editorial PUCP, Lima, N°68, (2012), pp. 450-451.)

⁵⁰ Cfr. L. DIEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 512.; Cfr. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil I: Introducción y parte general*, Editorial Edisofer, Madrid, 2009, 18ª ed., p. 609.

⁵¹ Cfr. M. OLIVOS CELIS, “Diferencias injustificadas...”, cit., p. 6.

- O como expresa Ferrara, “se tiene sólo una mera apariencia, una vana sombra, un cuerpo sin alma”. (F. FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos...*, cit., p. 6.)

⁵² G. BOZA PRO, “Principio de primacía de la realidad...”, cit.

4.2.2.2.Simulación relativa.-

Por su parte, la simulación relativa supone haber creado la apariencia de un negocio que en realidad no se quiso y que además oculta otro, es decir se trata de un disfraz⁵³. Como señaló Albaladejo García, el fin del negocio simulado es ocultar el negocio disimulado o los elementos disimulados, para que los efectos que aparecerán al exterior se consideren procedentes de un negocio que no es aquél del que realmente proceden⁵⁴. En ambos tipos de simulación se sanciona el acto simulado con la nulidad, no obstante que en la simulación relativa el acto disimulado es susceptible de confirmación⁵⁵.

4.2.2.3.La desnaturalización y la simulación relativa en el ámbito laboral.-

En materia laboral usualmente se denomina a la simulación relativa como “desnaturalización” del contrato y la consecuencia, en el marco del principio de primacía de la realidad, es que existe un contrato de trabajo a plazo indeterminado⁵⁶, no obstante la desnaturalización también surge como consecuencia del fraude a la ley.

Habíamos expresado que las diferenciaciones hechas respecto de la simulación y el fraude no son uniformes entre los autores, sin embargo –dadas sus propias características– el encubrimiento del contrato de trabajo mediante la celebración de un contrato de locación de servicios o uno de servicios no personales parece asemejarse más a la simulación relativa⁵⁷. Algunos doctrinarios, jueces y juristas consideran éste encubrimiento dentro de los supuestos de fraude a la ley⁵⁸, mientras que otros lo consideran dentro del supuesto de simulación relativa⁵⁹. Sin embargo, hay una tercera posición que utiliza ambos términos como sinónimos o en forma indistinta pues consideran a la simulación como una forma de fraude⁶⁰.

⁵³ Cfr. L. DIEZ-PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil...*, cit., p. 512.

⁵⁴ Cfr. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil I...*, cit., p. 607.

⁵⁵ Cfr. M. OLIVOS CELIS, "Diferencias injustificadas...", cit., p. 7.

⁵⁶ Cfr. J. TOYAMA MIYAGUSUKU, "Validez y eficacia...", cit., p. 463.

⁵⁷ A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 373.

⁵⁸ Cfr. A. ESPINOZA PRIETO, "El principio de la primacía de la realidad...", cit., pp. 507-520.

⁵⁹ A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 373-376.

⁶⁰ Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., p. 228-229.

Al respecto, consideramos que nos encontramos dentro del problema de la simulación relativa cuando, a diferencia del fraude a la ley –que no pretende huir textualmente de la normativa laboral, requiriendo en consecuencia de la conjunción del elemento objetivo y subjetivo–, lo evidentemente pretendido (ya sea a consecuencia del mutuo acuerdo o de la asimetría en la relación contractual) es huir del texto laboral y por ende de la imperatividad del Derecho del Trabajo mediante la celebración de actos amparados en normas extralaborales, lo que significa además que el elemento objetivo –celebración del acto contrario al Derecho Laboral– incluye el elemento subjetivo –intención de ocasionar un perjuicio al trabajador–. En esa línea, el contrato de locación de servicios constituye el acto simulado mientras que el contrato de trabajo constituye el acto disimulado⁶¹.

En efecto, las características del contrato de trabajo originan una serie de preceptos que se desprenden del principio protector⁶², y cuyas consecuencias son más visibles si tomamos en cuenta que, de seguir los lineamientos del Derecho Civil en lo que a la simulación relativa se refiere, podría optarse por la nulidad del contrato –en caso que no concurren los requisitos de sustancia y forma, tal como establece el Código Civil– o por su confirmación. En estos dos supuestos:

- **De optar por la nulidad** conforme a las reglas del Derecho Civil, tratándose de aquellas situaciones en las que no existe un contrato de trabajo válidamente celebrado –siempre y cuando la invalidez no incida sobre el consentimiento, objeto y causa del contrato– o frente a situaciones de hecho, tal declaración debería

⁶¹ Como señaló Toyama Miyagusuku, aunque el Derecho Civil ha tratado extensamente el negocio jurídico y las peculiaridades del Derecho Laboral no permiten una automática aplicación supletoria de las consecuencias previstas para la simulación, fraude o inobservancia de una formalidad, ello no es impedimento para que los principios o preceptos del Derecho Común sean aplicables al Derecho del Trabajo, tales como las reglas de capacidad negocial, responsabilidad y contratación. Tal es así que los contratos civiles destinados a encubrir relaciones laborales son declarados nulos por su celebración en un acto contrario al orden público, de acuerdo a la causal de nulidad virtual, por lo que éstos carecen de eficacia jurídica. En definitiva, no es inusual que los jueces laborales apliquen supletoriamente las disposiciones del Código Civil para apreciar la validez de un contrato de trabajo. (Cfr. J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Validez y eficacia...”, cit., pp. 450-451). En ese sentido, el autor cita la Cas. N° 1739-2003-Puno.

- Cfr. C. MANGARELLI, “Tendencias del derecho del trabajo”, *Revista Gaceta Laboral. Volumen 15*, Universidad del Zulia, Venezuela, Núm. 1, (2009), p. 95- 96.

⁶² Cfr. J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Validez y eficacia...”, cit., p. 451. En referencia al principio protector, el autor señala que “la consagración de un Estado Social (artículo 43), el reconocimiento de la tutela judicial efectiva (artículo 133.3) y los principios protector (artículo 23) y de igualdad (artículos 2.2. y 26.1) recogidos en nuestra Constitución brindan el marco necesario para la existencia de reglas particulares en el Derecho del Trabajo”.

producir efectos retroactivos, lo cual deviene en inaplicable ya que las prestaciones ejecutadas, al ser personales y por ende inseparables del sujeto que las efectúa, hacen imposible el retorno al estado originario⁶³. Por ese motivo, el trabajador debe obtener los efectos favorables que se deriven de dicha prestación pues durante el tiempo que dura la situación de hecho, ha de encontrarse envuelto en un estado de inseguridad y precariedad jurídica mientras que en forma paralela el empleador al igual se beneficia de la prestación personal de servicios. Como señala Krotoschin, en este caso “los efectos de la nulidad se producen, en realidad, *ex nunc* solamente y no desde el principio (*ex tunc*), por lo menos en todo lo que al trabajo cumplido y su remuneración se refiere⁶⁴”.

- **De optar por la confirmación**, dada la imposibilidad de sancionar la simulación relativa con la nulidad debido a que ésta no afecta derechos de terceros⁶⁵, en virtud del principio protector (fuente del principio de primacía de la realidad) se vuelven imperativas la confirmación del acto real y la declaración de existencia de la relación laboral⁶⁶. En consecuencia, aunque la simulación no afecta los derechos de terceros, comprobada la presencia de los elementos esenciales de ésta relación se debe atender, aun desconociendo el acuerdo “formal” de las partes, al comportamiento real de las mismas⁶⁷.

4.2.3. Ocultamiento de la relación.-

No se trata en estricto de simulación negocial, sin embargo, a fin de realizar las aclaraciones teóricas pertinentes, citamos el concepto. En éste caso, las partes no le han dado

⁶³ Recordando los antecedentes inmediatos del principio de primacía de la realidad tenemos que no es posible separar al trabajador de su fuerza de trabajo como si fuesen objetos totalmente diferentes, y de seguir ésta línea se estaría desconociendo la dignidad humana del trabajador. (Cfr. M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho...*, cit., p. 110-111).

⁶⁴ Cfr. E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I...*, cit., p. 193.

- Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., p. 120. El autor más adelante señala que se sustituye el convenio aparente por la relación laboral conforme a la realidad, sobreviviendo dicha relación a no ser que ésta tuviere un objeto prohibido o ilícito o careciera de algún requisito esencial. (Ibidem, p. 201).

⁶⁵ Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., p. 119.

⁶⁶ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 373-374.

⁶⁷ Según Toyama Miyagusuku, dados los principios tuitivos del Derecho del Trabajo, a saber principio protector, de irrenunciabilidad de derechos y de continuidad, no cabe el traslado automático de las instituciones del Derecho Civil, por lo cual se hace evidente la preferencia por la validez del contrato de trabajo y especialmente del contrato a plazo indeterminado (Cfr. J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Validez y eficacia...”, cit., p. 455.)

apariencia distinta a la relación de trabajo que han entablado, simplemente se han limitado a encubriarla (v.gr. trabajo “negro” o clandestino)⁶⁸.

4.2.4. Razones que motivan la simulación relativa.-

Dado que el contrato de trabajo, aún encubierto, constituye un contrato por adhesión⁶⁹, lo que mayormente se pretende con la simulación relativa es evitar la aplicación de las normas tuitivas del ordenamiento laboral para que las relaciones jurídicas que versan sobre las prestaciones de servicios sean reguladas por otras normas que resulten menos protectoras para el trabajador dado que las primeras conllevan en primer lugar un costo legal, representado principalmente por la proscripción del despido arbitrario, y que en la simulación podría confundirse fácilmente con la resolución unilateral del contrato; en segundo lugar un costo económico pues existe la obligación de pagar otros beneficios además de la remuneración, ya sea vacaciones, indemnización por despido, seguridad social, etc.; y en tercer lugar, como señala Murgas-Torraza, un costo social al tener que participar en la negociación colectiva y lidiar con las paralizaciones y huelgas.⁷⁰

4.3. Consecuencias jurídicas.-

Como mencionamos antes, éste principio constituye un mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico que, reconociendo la verdadera relación de trabajo, busca hacer frente al fraude laboral pues, mientras que en el caso del fraude a la ley tiene como consecuencia la aplicación de la norma eludida, en el caso de la simulación relativa tiene como consecuencia práctica la desnaturalización de la relación civil para dar paso al reconocimiento de una relación

⁶⁸ Cfr. G. BOZA PRO, “Principio de primacía de la realidad...”, Op. Cit.

⁶⁹ Pasco Cosmópolis señala que: “el común de los contratos de trabajo se celebra bajo un estado virtual de necesidad del laborante y resulta ser para este, en la práctica, casi un contrato por adhesión ya que la voluntad del empleador prevalece de modo absoluto, mientras que la del trabajador está casi ausente, a no ser como pasiva aceptación.” (M. PASCO COSMÓPOLIS, “Los contratos temporales: exposición y crítica”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Editorial PUCP, Lima N°68, (2012), pp. 495-511).

- En similar sentido: M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., p. 7.

⁷⁰ Cfr. R. MURGAS-TORRAZZA, “La situaciones de fraude...”, cit., pp. 241-272.

Para mayor profundización al respecto: M. PASCO COSMÓPOLIS, “Los contratos temporales...”, cit., pp. 495-511.; M. GARMENDIA ARIGÓN, “Valores y principios fundamentales del Derecho del Trabajo: Vigencia y perspectivas de futuro”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 04, (Diciembre 2007), p. 49.; J. CHACALTANA, *Los costos laborales en el Perú*, Publicación de la Organización Internacional del Trabajo, Lima, 1998, versión sin editar, pp.16-22. Disponible en [http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/costos_laborales/costos_lab_peru\[JCH\].pdf](http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/costos_laborales/costos_lab_peru[JCH].pdf) (Último acceso: 12-05-2016).

de carácter laboral. Al respecto, hemos expuesto que su fundamento se encuentra en la dignidad humana como valor tutelado por el orden social y regulado positivamente. Con base en dicho fundamento también se puede determinar cuáles serán los efectos luego de la aplicación de aquel principio, así tenemos en primer lugar el reconocimiento de la calidad de trabajador, con las correspondientes obligaciones accesorias a cargo del empleador como la incorporación a la planilla, la reivindicación de todas las condiciones de trabajo y el reintegro de los beneficios sociales desconocidos por éste desde el inicio de la relación laboral, haciéndose exigibles todas estas consecuencias por parte del trabajador bajo los apercibimientos judiciales y administrativos correspondientes, y a lo que pueden sumarse en forma disyuntiva la reposición al puesto de trabajo o la indemnización por despido arbitrario, que se sujetan a las estipulaciones legales y a la voluntad del prestador de servicios.

A raíz de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que, fundamentada en la protección de la dignidad humana –con los consecuentes fundamentos que de ella derivan–, una correcta aplicación del principio de primacía de la realidad por su propia naturaleza contrarresta o impide cualquier intento de fraude a la ley o simulación que atente contra el orden público laboral. Y de no contrarrestar ambas al mismo tiempo, sólo nos puede llevar a la conclusión que el referido principio se encuentra indebidamente aplicado, sin embargo, desarrollaremos esta aseveración con mayor profundidad en los capítulos posteriores.

5. El principio de primacía de la realidad en el ordenamiento jurídico peruano.-

5.1. A nivel constitucional.-

El principio de primacía de la realidad no se encuentra entre los principios que rigen la relación laboral, enumerados en el artículo 26° de la Constitución⁷¹, sin embargo es posible ubicar la base constitucional de este principio, en el ámbito laboral, en los artículos 2° inc. 15°, 22° y 23° de la Constitución que consagran al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar material y espiritual de la sociedad y un medio de realización del ser humano, además de considerar al trabajo como objeto de atención prioritaria del Estado. En la medida que el principio de primacía de la realidad sirve de instrumento para el cumplimiento de las normas

⁷¹ C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de Estado social...*, cit., p. 395.

protectoras del Derecho Laboral, entendemos que su fundamento mismo se halla en la naturaleza tuitiva de la Constitución. Como señalamos anteriormente, si bien es cierto éste principio constituye una construcción doctrinaria, la jurisprudencia constitucional lo considera ubicado en el mismo rango que aquellos explícitamente mencionados, atribuyéndole la condición de “principio implícito”⁷² en el ordenamiento constitucional⁷³.

5.2. A nivel legislativo.-

Ciertamente, el principio de la realidad se aplica en aquellos casos en los que se aprecia la discordancia entre los hechos y las formas. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) anota que en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un Contrato de Trabajo por tiempo indeterminado⁷⁴.

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley General de Inspecciones (Ley N° 28806) considera a la primacía de la realidad como uno de los principios ordenadores que rigen el sistema de inspección. En efecto, el numeral 2 de dicho artículo indica “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”.⁷⁵

En materia procesal laboral, el artículo I del Título Preliminar de la antigua Ley Procesal de Trabajo (D. L. N° 26636), consagró el denominado principio de veracidad, bajo el cual se resolvían los conflictos laborales cuyos puntos controvertidos versaban sobre la existencia de la relación y las además incidencias que giraran en torno a esta. Asimismo, el artículo 23, inciso 2

⁷² El TC desarrolló la noción de “principio implícito” con el objeto de establecer que la “objeción de conciencia” se encuentra comprendida dentro del derecho a la “libertad de conciencia”, reconocido en el artículo 3, numeral 3 de la Constitución, a pesar de no encontrarse explícitamente formulada (Cfr. STC Exp. N° 4699-2005-PA/TC, del 31 de enero de 2006, F.J. 4)

⁷³ STC Exp. N° 0991-2000-AA/TC, del 21 de diciembre de 2000, F.J. 3.

- En el mismo sentido: Cas. N° 9374-2012-Arequipa, del 19 de abril de 2013, F.J. 8.

- Es pertinente señalar que en el año 2002 hubo la iniciativa de otorgarle a éste principio el rango de constitucional en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, tal como se aprecia del aprobado Artículo 54° que consagra el principio de primacía de la realidad como uno de rango constitucional. (Cfr. COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Anteproyecto de la Reforma de la Constitución. Congreso de la República. Abril de 2002).

⁷⁴ Ruiz Riquero precisa que “más que encontrarnos ante una definición del Contrato de Trabajo, hay en la LPCL una alusión a la primacía de la realidad, al referirse, esencialmente, a una presunción de un contrato por tiempo indeterminado de comprobarse la existencia de un Contrato de Trabajo”. (J. RUIZ RIQUERO, “Luces y sombras...”, cit., p. 112).

⁷⁵ Ruiz Riquero refiere que, tomando en cuenta que la inspección del trabajo tiene por objeto cautelar los derechos de los trabajadores y la prevención de riesgos y conflictos mediante la verificación del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad y salud en el centro laboral, la autoridad administrativa ha sido facultada para determinar la existencia de una relación laboral mediante el principio de primacía de la realidad. (Cfr. J. RUIZ RIQUERO, “Luces y sombras...”, cit., p. 112).

de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497), establece que “acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”, sin perjuicio de las facultades de investigación que tienen los jueces para apreciar la real naturaleza del contrato vigente entre las partes⁷⁶

5.3. A nivel jurisprudencial.-

En el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2000 los magistrados resolvieron que, si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de naturaleza civil o mercantil, deberá aplicar el principio de primacía de la realidad y reconocer los derechos laborales que correspondan.

A nivel constitucional, este principio es recogido en abundante jurisprudencia por el Tribunal Constitucional, el cual en la STC Exp. N° 0991-2000-AA/TC⁷⁷ establece que:

“En virtud del principio de la primacía de la realidad, resulta evidente que las labores, al margen del texto de los contratos respectivos, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, de modo que no es correcto considerar que la relación laboral mencionada tuvo carácter eventual. El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.”⁷⁸

⁷⁶ J. RUIZ RIQUERO, “Luces y sombras...”, cit., p. 112.

⁷⁷ STC Exp. N° 0991-2000-AA/TC, del 21 de diciembre de 2000, FJ.3., Cfr. M. SILVA ORMEÑO, *El principio de primacía de la realidad*. Disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm> (Último acceso: 12-05-2016).

⁷⁸ De igual forma se expresa, por citar otros ejemplos, en las STC Exp. N° 1944-2002-AA/TC, STC Exp. N° 0833-2004-AA/TC y STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC. Cabe destacar el estudio que sobre la línea jurisprudencial constitucional en lo que se refiere al principio de primacía de la realidad hace el magistrado BLUME FORTINI a consecuencia de su voto en discordia en la STC Exp. N° 5057-2013-PA/TC Junín, del 16 de abril de 2015, caso Huatuco.

En este sentido la Corte Suprema a través de la Casación N° 1874-2000, expresa que “es una de las herramientas más relevantes del Derecho del Trabajo y su importancia radica en el ámbito de las relaciones laborales, pues algunos empleadores, con el objeto de burlar los derechos laborales, tratan de disfrazar una relación laboral y hacer aparecer como si se tratara de una relación de carácter civil o comercial, por lo que en virtud del principio antes indicado debe preferirse a los hechos de la realidad y determinar la verdadera naturaleza de la relación jurídica”⁷⁹.

De los ejemplos citados, es posible apreciar que la jurisprudencia y la legislación laboral peruana se inclinan paradigmáticamente por la contratación laboral a plazo indefinido. Sin embargo, tal inclinación puede limitar paradójicamente a dicho principio frente al problema de la desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo modal, pues de no considerarse otros hechos o matices coexistentiales al contrato de trabajo, y que conforman una realidad laboral más compleja que excede al molde criticado, es probable que dicho principio no haga frente en forma íntegra al fraude a la ley o la simulación relativa.

Después de estudiar brevemente qué es el principio de primacía de la realidad, podemos ver que quizá su aplicación actual no sea suficiente para hacer frente al problema de la desnaturalización y el fraude laboral en el marco de la contratación laboral moderna debido al riesgo de cumplir solamente –y en forma deficiente o incompleta– con lo que denominaríamos “una finalidad inmediata”, por lo cual, en los siguientes capítulos expondremos cómo la interpretación finalista de este principio en el cumplimiento de sus propósitos mediano e inmediato puede constituir una alternativa de solución más “realista” y completa.

⁷⁹ Cas. N° 1874-2000, 02 de julio de 2007, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, N° 110, (Noviembre 2007), p. 287., citado por J. RUIZ RIQUEIRO, “Luces y sombras...”, cit., p. 110, nota 46.

- En similar sentido se pronuncia la Cas. N° 476-2005, del 19 de abril de 2013, F.J. 8.

CAPÍTULO II: LAS FINALIDADES INMEDIATA Y MEDIATA DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

En el presente capítulo, a fin de demostrar la posibilidad de desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad, se hace necesario estudiar cuáles son las finalidades inmediata y mediata del principio de primacía de la realidad, en la medida que ello absuelva las principales objeciones a la referida desnaturalización y pueda ayudarnos a resolver los problemas planteados en el Capítulo III.

Al respecto, aclaramos que si bien es cierto que la desnaturalización de un contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo a plazo indeterminado no limita jurídicamente las posibilidades de renuncia del trabajador una vez que este sea repuesto, por lo cual la posibilidad de desnaturalización de un contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo a plazo fijo devendría en inútil, dicha objeción no sería aplicable en aquellos casos en los que se encubre un contrato de trabajo a plazo fijo mediante un contrato civil para luego despedir arbitrariamente al trabajador antes del vencimiento del plazo, toda vez que las consecuencias indemnizatorias son cuantitativamente diferentes. Asimismo, existen prestaciones de servicios que por su propia naturaleza y temporalidad, no obstante los rasgos de laboralidad que involucran, no podrían encuadrarse dentro de las relaciones laborales a plazo indeterminado. Por lo tanto, son dichos supuestos los que otorgan una relevancia práctica a nuestra hipótesis.

1. ¿Por qué una interpretación finalista de la primacía de la realidad?

Como sabemos, los principios son aquellas reglas rectoras que además de informar la elaboración de las normas de carácter laboral, sirven de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos y brindan un criterio de interpretación, aplicación o integración normativas pues constituyen pautas eficaces que expresan ideas de gran importancia socio-jurídica por tratarse de exigencias derivadas de la conciencia social de ciertos valores históricos, morales, jurídicos y sociales⁸⁰, coincidiendo con el planteamiento de la Escuela Teleológica en

⁸⁰ Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho...*, cit., pp. 36-37.

- Sobre los principios, Ávila afirma que “son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción”. (H. ÁVILA, *Teoría de los principios*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2011, p. 70).

el sentido de que el Derecho –compuesto por normas y principios– es un medio del cual se sirve el legislador para alcanzar ciertos fines y promover los mencionados valores⁸¹.

Concretamente, fue el referido planteamiento teleológico el que cimentó las bases del Derecho Laboral, pues como señaló De la Cueva, “se trata de un derecho nuevo porque está hecho para el hombre y porque persigue el doble propósito de que se respeten tanto su libertad y dignidad, así como la creación de condiciones que aseguren su vida, salud y un nivel económico decoroso”.⁸² En consecuencia, los principios del Derecho del Trabajo también se orientan según la finalidad antes advertida toda vez que éstos no pueden encontrarse divorciados del resto del ordenamiento jurídico laboral⁸³ o contradecirse entre sí.

En el capítulo anterior habíamos evidenciado que, fundamentado en la tutela de la dignidad del trabajador como valor concerniente al orden social plasmado en la legislación laboral, la primacía de la realidad constituye un mecanismo de prevención del fraude para preservar el orden público laboral, lo cual –dentro de un contexto teleológico– nos lleva a considerar que el referido principio obedece a dos finalidades: 1) una finalidad inmediata que puede ser, en el caso del fraude a la ley, la aplicación de la norma eludida, y en el caso de la simulación relativa, el reconocimiento de una relación de carácter laboral; y 2) una finalidad mediata que es la defensa de la dignidad del trabajador, dado que dicho reconocimiento obedece al deber y necesidad de tutelar de manera óptima la dignidad humana en el seno de las relaciones contractuales. En tal sentido, para que sean exigibles las prerrogativas del Derecho Laboral –

⁸¹ A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 62.; Cfr. J. SILVA VALLEJO, *Filosofía del Derecho...*, cit., p. 81.; Cfr. F. TOLLER, “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en J. C. RIVERA *et alii* (Dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, T. I, pp. 145, 156, 196.

- Del Vecchio critica que fueron las inconsistencias del Positivismo y el Causalismo las que demostraron la imposibilidad de explicar los valores de las cosas, haciendo necesario recurrir a una visión teleológica del Derecho. (Cfr. G. DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho...*, cit., pp. 506-507).

⁸² M. DE LA CUEVA, “Prólogo a la primera edición”, en *El nuevo derecho mexicano del trabajo, Tomo I...*, cit., p. XVII. Recomendamos revisar las páginas 85-87 del mencionado libro.

⁸³ Al respecto, Vigo señala que un uso adecuado de los principios exige como tarea imprescindible tener alguna visión sistemática de los mismos, y en particular de los principios que pretenden operar frente al problema a resolver, de lo que deriva la imposibilidad de entender u operar con cada principio absolutamente desvinculado del resto. (Cfr. R.L. VIGO, *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 191-192). En un sentido similar Ávila afirma que “los principios, por ser normas inmediatamente finalistas, establecen un estado ideal de cosas a ser buscado, que se refiere a otras normas del mismo sistema, especialmente de las reglas.” (H. ÁVILA, *Teoría de los principios...*, cit., pp. 86-87).

que tienen su fuente en la dignidad–, es indispensable determinar la existencia de la relación de trabajo a partir de los hechos que se aprecian en la realidad.

Por ese motivo, después de haber estudiado brevemente qué es el principio de primacía de la realidad, y a fin de tratar propiamente nuestra hipótesis –la desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad–, seguidamente desarrollaremos la finalidad inmediata –desde la perspectiva de la simulación relativa– y la finalidad mediata –referida a la tutela de la dignidad del trabajador en relación con el fraude laboral– para analizar posteriormente la factibilidad de la mencionada desnaturalización a la luz de ambas finalidades.

2. La finalidad inmediata del principio de primacía de la realidad.-

Los ejemplos doctrinales, jurisprudenciales y legales citados en el capítulo anterior coinciden en que la primacía de la realidad exige constatar dentro de la relación jurídica que se somete a examen la presencia de tres elementos: prestación personal de servicio, remuneración y subordinación, teniendo como punto de partida la realidad de los hechos por encima de las formas. En ese sentido, dicha constatación obedece a la pretensión que acompaña a la aplicación del principio de primacía de la realidad: el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo. Por lo tanto, tal reconocimiento se erige como la finalidad inmediata del referido principio toda vez que éste resulta de la interpretación completa y sistemática de los hechos jurídicamente relevantes sin importar la forma que las partes del contrato hayan querido dar al acuerdo.

El cumplimiento de la referida finalidad inmediata nos insta a reparar no solo en la importancia que tienen la prestación personal de servicio, remuneración y subordinación para constatar la existencia del contrato de trabajo sino además en la presencia de otros elementos –accidentales– del acto. En consecuencia, es necesario analizar comparativamente el contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo en relación con los hechos del caso, pues solo de esa forma se podrá desentrañar la realidad contractual subsistente.

Al respecto, pueden surgir dos objeciones. La primera versaría sobre que dado el carácter tuitivo del Derecho Laboral solo basta constatar la presencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, restando importancia a los elementos accidentales. Sin embargo, proceder así acarrea el riesgo de aplicar defectuosamente la primacía de la realidad y no descubrir la verdadera intención de las partes en el marco de dicho contrato, por lo cual requerimos de un análisis más profundo de los hechos, que en éste caso se hará a la luz del estudio de los elementos del acto jurídico. La segunda más bien afirmaría que el retorno al Derecho Civil como instrumento de análisis vulnera la especialidad del Derecho del Trabajo, sin embargo, como expresó Mangarelli, éste –aún con sus consolidadas particularidades– no tiene inconveniente en regresar al Derecho Civil o al Derecho Común para completar sus soluciones, ampliarlas o incluso reelaborarlas, pero siempre en caso de vacío normativo y sin contravenir otra norma, concepto, o principio laboral. De este modo, el uso de soluciones o normas del Derecho Civil no va en desmedro de la especialidad o autonomía del Derecho del Trabajo⁸⁴.

En suma, ignorar los elementos accidentales en común, además de que es lo mismo que encubrir la realidad y desconocer la verdadera intención de las partes que tratan de desenvolverse dentro del marco legal, conlleva el riesgo de no contrarrestar –o hacerlo deficientemente– los problemas del fraude a la ley y simulación del acto jurídico, vulnerando en consecuencia la dignidad del trabajador. Por esa razón, si queremos entender plenamente el fenómeno de la desnaturalización, es necesario que estudiemos las principales similitudes y diferencias entre ambos contratos, lo que a su vez nos permitirá hallar las principales objeciones y soluciones a este problema.

2.1. El reconocimiento de la relación laboral a partir de las semejanzas y diferencias con el contrato de locación de servicios.-

En el capítulo anterior habíamos expresado que hasta finales del siglo XIX las relaciones que versaban sobre la prestación personal de servicios se encontraron reguladas por el Derecho Civil, que al retomar la tradición romanista en un inicio permitió la “confusión” entre el contrato

⁸⁴ Cfr. C. MANGARELLI, “Tendencias...”, cit., p. 95- 96.

de locación de servicios y el contrato de trabajo⁸⁵, no obstante que con posterioridad se trataron de hacer diferenciaciones doctrinales entre ambos contratos –lo que finalmente influyó en el tratamiento que las diversas legislaciones darían a éstos⁸⁶– y que éstas reconocen que el contrato de trabajo no tiene su punto de partida en los acuerdos o formas elegidas por las partes sino en la propia ejecución del mismo.

2.1.1. Semejanzas y diferencias entre los elementos esenciales, naturales y accidentales.-

2.1.1.1. Esenciales.-

Entendidos como los componentes imprescindibles para que –en abstracto y en general– el acto jurídico exista pues de éstos depende su validez y eficacia, sin que la voluntad pueda mitigarlos⁸⁷, también se incluyen dentro de éstos a aquellos que –en concreto– son también

⁸⁵ En el contexto de la esclavitud los romanos inicialmente regularon la prestación de servicios dentro de la figura de la *locatio conductio rei*, referida al arrendamiento de cosas. Posteriormente regularon la *locatio conductio operarum*, entendida en un principio como el arrendamiento del hombre libre –en un sentido amplio pues comprendía tanto en la acción como en la obra–, y que luego –en sentido estricto– tuvo por objeto la *operae* o actividad misma a la que se comprometía la persona, y no el resultado, también a cambio de un precio, pero por cuenta y riesgo del comitente, siendo ésta última el antecedente inmediato del contrato de locación de servicios y del contrato de trabajo; y finalmente distinguieron la *locatio conductio operis*, subdivisión de la anterior en un sentido amplio, y cuyo objeto era el *opus*, o resultado, al que se comprometía la persona a cambio de un precio, por cuenta y riesgo propio, antecedente del contrato de locación de obra. Bajo esa premisa se entiende que la expresión “prestación de servicios” sea empleada por el legislador en un sentido sumamente amplio respecto de aquellas que difieren de la promesa de trabajo. (Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., pp. 29, 372).

- Una postura similar: J. BELTRÁN PACHECO, “Prestación de servicios”, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Dir.), *Código Civil Comentado. Tomo IX*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 121.

- Para mayor profundización sobre los antecedentes del derecho romano: M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., pp. 14-15, 24.; M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho...*, cit., pp. 48-49.; W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., pp. 40-52.

⁸⁶ Al respecto, se dieron principalmente dos modelos: 1) El modelo francés, que mantiene los criterios distintivos delimitados por los juristas romanos, y a consecuencia de la aparición del Derecho del Trabajo como una rama diferente del Derecho Civil, plantea la identidad entre el contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo, distinguiéndose del contrato de obra o locación de obra que versa sobre la promesa de un resultado en ausencia de subordinación, correspondiente al Derecho Civil; y 2) El modelo alemán, que plantea que dentro del Derecho Civil existen dos tipos de contratos: el contrato de obra y el contrato de servicios, el cual a su vez se divide en el contrato de servicios no dependientes (locación de servicios) y el contrato de servicios dependientes o contrato de trabajo, al cual le son aplicables además las normas del Derecho Laboral. (Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., pp. 81-86).

- Para mayor profundización sobre la influencia de ambos modelos en la legislación peruana e historia de la regulación de ambos contratos: A. DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, “Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿Regla o excepción?”, en SOCIEDAD PERUANA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SPDTDSS), *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Grijley, Lima, 2004, p. 205.; W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., pp. 52, 94, 371-379.; M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, “Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Prestación de Servicios”, en D. REVOREDO DE DEBAKEY (Comp.), *Código Civil. Parte III. Tomo IV*, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985, pp. 439-440.

⁸⁷ Cfr. F. MOREYRA GARCÍA SAYÁN, *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, 1ª ed., p. 89.; Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1961, p. 40.; Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico*, Editorial Aguilar, Madrid, 1956, p. 90.

esenciales pero en relación a cada acto jurídico en particular conforme a las exigencias de la ley, pues de ellos depende que éstos alcancen su denominación y se diferencien de los demás⁸⁸. La aplicación de la primacía de la realidad cuya consecuencia es la desnaturalización de los referidos contratos, no puede partir de un abstracto para determinar una consecuencia que incida sobre la esencialidad de una relación jurídica, por ese motivo resulta necesario estudiar los elementos que son considerados como esenciales en ambos contratos para entender la relevancia de la primacía de la realidad en las relaciones que se examinan.

2.1.1.1.1. Agente capaz y objeto.-

Respecto de los elementos esenciales generales, en lo que se refiere al agente capaz y el objeto no es necesario realizar una mayor discusión puesto que en ambos contratos se requiere que el sujeto cuente con: 1) la capacidad jurídica para celebrar actos –aunque en el caso del contrato de trabajo, para establecer y brindar las condiciones de trabajo–, y 2) la capacidad material, que a su vez se divide en la capacidad física para prestar servicios y la capacidad económica para retribuirlos⁸⁹; y que el objeto no sea imposible, inmoral o ilícito⁹⁰.

- Vidal Ramírez señala que los elementos esenciales de carácter general son denominados por el Código Civil como requisitos de validez, siendo la manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la finalidad y la forma. (Cfr. F. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2013, 9ª ed., actualizada, revisada y aumentada., p. 90).

⁸⁸ F. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico...*, cit., p. 90.

- Como ejemplo, podemos citar el contrato de compraventa, por la cual debe existir un bien que se transfiere en propiedad y un precio que se paga en dinero. (Cfr. F. MOREYRA GARCÍA SAYÁN, *El acto jurídico según el Código Civil...*, cit., pp. 90, 100.; Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p.100).

⁸⁹ Cfr. J. PERALTA ANDÍA Y N. PERALTA ZECENARRO, *Fuentes de las obligaciones en el Código Civil*, Editorial IDEMSA, Lima, 2005, p. 606. El autor, citando a Planiol, especifica que en la locación de servicios no se aplican rigurosamente los principios generales sobre la capacidad porque en la práctica los menores de edad pueden prestar sus servicios de acuerdo a las necesidades ordinarias de la vida diaria. Una postura similar: F. VIDAL RAMÍREZ, “Definición de acto jurídico y elementos de validez”, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Dir.), *Código Civil Comentado. Tomo I*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 463.

- Sobre la capacidad en el contrato de trabajo: J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Validez y eficacia...”, cit., p. 454.; F. GÓMEZ VALDEZ, *El contrato de trabajo. Parte general. Tomo I*, Editorial San Marcos, Lima, 2000, p. 217-222. Sin embargo, Lapouble Chero, enfatiza que el trabajador debe tener capacidad laboral, es decir la aptitud física y mental para realizar el trabajo. (Cfr. A. LAPOUBLE CHERO, *Manual teórico-práctico...*, cit., p. 34). Aunque nosotros consideramos ésta última dentro de la capacidad material.

⁹⁰ Sobre el objeto del acto jurídico: F. VIDAL RAMÍREZ, “Definición de acto jurídico...”, cit., p. 466.; A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p.198-199.; R. MORALES HERVIAS, *Patologías y remedios del contrato*, Jurista Editores, Lima, Julio 2011, p. 221.

- Sobre el objeto del contrato de locación de servicios: R. MORALES HERVIAS, *Patologías y remedios...*, cit., p. 221.; W. ZAVALA CARRUITERO, *Código civil. Tomo I*, Editorial Rhodas, Lima, 2006, 2ª ed., p. 1678.

- Sobre el objeto del contrato de trabajo: M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., p. 31.; A. LAPOUBLE CHERO, *Manual teórico-práctico...*, cit., pp. 34-35.; J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Validez y eficacia...”, cit., p. 454.; R. CALDERA, *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 293.; A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo III...*, cit., p. 364-365.; Cfr. M. ALONSO OLEA y M. CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2009, 26ª ed., pp. 91-92.; Cfr. M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho...*, cit., p. 110.

2.1.1.1.2. Fin lícito y forma o formalidad

En cambio, respecto del fin lícito y la forma o formalidad en ambos contratos, requerimos profundizar en el estudio de sus semejanzas y diferencias pues a partir de éstas últimas pueden presentarse objeciones a la desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato modal. El estudio del fin lícito como requisito de validez del acto nos remite a la teoría de la causa del acto jurídico, por el cual éste constituye el propósito o resorte de la voluntad de las partes y que necesariamente tiene que expresarse pues permite la tutela mínima y fundamental de los contratantes asegurando además que tal propósito no colisione con las normas imperativas⁹¹, entendiéndose dicha causa en dos sentidos: objetivo –como finalidad típica normal querida por el ordenamiento jurídico respecto del contrato– y subjetivo –el fin real y práctico que las partes se proponen al contratar–⁹². En consecuencia, ambos contratos –la prestación personal de servicios– no deben perseguir fines ilícitos⁹³. En éste extremo, podríamos concluir parcialmente que en cuanto al fin lícito, un contrato podría desnaturalizarse en otro, sin embargo, al mismo tiempo podrían objetarnos que entre el contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo modal, el último se caracteriza por contener causas objetivas que deben ser explicitadas mediante la forma escrita a diferencia del primero. Por ese motivo, nos encargaremos de refutar ésta objeción en el apartado dedicado al estudio de los requisitos del contrato modal y en el último capítulo, no obstante consideramos que puede existir una similitud entre las causas de celebración del contrato de locación de servicios –de ser explicitadas o por la naturaleza de la prestación comprometida– y las causas explícitas del contrato modal.

⁹¹ Cfr. R. MORALES HERVIAS, *Patologías y remedios...*, cit., p. 225.

- Aunque los autores del Código afirman haber adoptado la teoría subjetiva de la causa, Torres Vásquez no comparte dicha postura toda vez que el sentido que se debe dar es el que corresponde a la teoría sincrética o unitaria, por cuanto el sujeto al momento de realizar un acto jurídico además de alcanzar los efectos que le son típicos y constantes puede lograr una finalidad concreta y personal, de alguna forma explicitada en el acto y que por lo tanto, tiene la calidad de voluntad común que merece ser tutelada por el derecho. (Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p.695).

⁹² Cfr. M. ALONSO OLEA y M. CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 91.

- Caldera señala que es posible que el objeto sea lícito pero que la prestación del servicio se vuelva ilícita por la ilicitud de la causa en cuya virtud se presta. (Cfr. R. CALDERA, *Derecho del Trabajo...*, cit., p 294).

- Vásquez Vialard considera que el objeto incluye a la causa y precisa que la causa-fin cumple una función importantísima como instrumento para asegurar la licitud y moralidad del contrato de trabajo, cubriendo situaciones que no se pueden resolver acudiendo sólo al objeto. En consecuencia, los servicios serán ilícitos no por su objeto sino por la causa-fin, pues es posible que el trabajo coadyuve al despliegue de actividades delictivas. Así mismo, el trabajo puede ser ilícito aunque la causa ilícita no sea común a ambas partes. (Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo III...*, cit., p. 365-370).

⁹³ Cfr. J. TOYAMA MIYAGUSUKU, “Validez y eficacia...”, cit., p. 454.; Cfr. M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., p. 31.

En cuanto al elemento de la forma o formalidad⁹⁴, tenemos que por regla general la forma en ambos contratos es *ad probationem*, y aunque el contrato de locación de servicios permite que las partes puedan pactar una forma *ad solemnitatem*, ésta posibilidad resulta inadmisibles en el contrato de trabajo toda vez que el mismo depende de la prestación efectiva de servicios, por lo cual es imposible sujetar su validez a una formalidad en específico, y sancionar la ausencia de formalidad con la nulidad contradice la imperatividad del Derecho del Trabajo. A ello adicionamos que frente a las formalidades pactadas por las partes, el principio de primacía de la realidad se encarga de hacer prevalecer la existencia del contrato de trabajo desde el momento de la prestación efectiva de servicios, aun retroactivamente al cumplimiento de dicha formalidad. En consecuencia, la forma de los contratos de trabajo, si se trata de aquellos que son a plazo indeterminado puede ser verbal –coincidentemente con los contratos de locación de servicios, lo cual implica un amplio margen de libertad para ambos– o escrita –propia de los contratos modales aunque nada obsta para que se suscriba uno a plazo indeterminado, a diferencia de la locación de servicios en que la forma escrita puede ser determinada por las partes⁹⁵. Respecto de éste elemento, también podrían objetarnos que la formalidad escrita es requisito de validez del contrato modal –pues se trata de evitar el ejercicio arbitrario del despido por el empleador– lo que finalmente niega a las partes la posibilidad de pactar la formalidad del contrato modal⁹⁶, por lo cual la referida posibilidad de desnaturalización es inviable, sin embargo también rebatiremos ésta objeción en el apartado que compete al estudio de los requisitos del contrato modal.

⁹⁴ Cfr. A. LAPOUBLE CHERO, *Manual teórico-práctico...*, cit., p. 35.

⁹⁵ Como expresó Arias-Schreiber Pezet, a consecuencia del carácter consensual y dispositivo de la locación de servicios, las partes pueden determinar la forma, y frente a la ausencia de pacto, bastará el simple consentimiento expresado verbalmente. (M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II. Contratos nominados*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2011, 2ª ed., p. 431).

- Cfr. M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., p. 31.

⁹⁶ D.S. 003-97 TR, Arts. 72, 73. Al respecto, aclaramos que ésta formalidad no incide sobre la esencia del contrato de trabajo sino sobre la validez del plazo fijo como elemento accidental, por lo que en caso contrario –en mérito al principio protector y de conservación del contrato– se presume que es indeterminado dado que el contrato de trabajo no depende de formalidad alguna al depender propiamente de los las prestaciones ejecutadas por las partes, tratándose, en nuestra opinión, de una manifestación tácita que siempre ha de guardar prioridad por encima de las manifestaciones expresas. Por ese motivo es que al igual existe la obligación de remunerar al trabajador por el servicio prestado en contrapartida con las ventajas y beneficios obtenidos por el empleador.

2.1.1.1.3. Elementos esenciales especiales

Sin perjuicio de lo anterior, ambos contratos también cuentan con elementos esenciales especiales en común, sin los cuales no tendrían tal naturaleza frente a otros contratos, tales como la prestación personal de servicios y la contraprestación económica, diferenciándose en el elemento de la subordinación –exclusivo del contrato de trabajo–. Respecto de la prestación personal de servicios, el locador –sea persona natural o jurídica– puede valerse de auxiliares y sustitutos, lo que no se encuentra permitido por la naturaleza del contrato de trabajo por tratarse de un contrato absolutamente personal y exclusivo de las personas naturales, lo que obliga al trabajador a prestar servicios directamente⁹⁷, tratándose de una obligación “*intuitu personae*”⁹⁸, aunque existe la posibilidad de que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores. En ese orden, la prestación personal de servicios constituye el primer elemento a ser tomado en cuenta para determinar la desnaturalización de la locación de servicios.

Ahora bien, la contraprestación económica por el servicio prestado también constituye un elemento en común de ambos contratos en mérito a su carácter conmutativo pues ninguno de éstos se presume gratuito, aunque en el marco del derecho civil ésta será denominada

⁹⁷ Aclaremos que si bien es cierto, la celebración puede hacerse con personas jurídicas, la ejecución en definitiva siempre requiere de una persona natural, por lo cual la persona jurídica, salvo pacto en contrario, habrá de responder por los hechos dolosos o culposos de las personas naturales, conforme establece el Art. 1325° del Código Civil.

- Como señaló Arias-Schreiber Pezet, el principio de responsabilidad por parte del locador es irrenunciable respecto del dolo o culpa inexcusable de los terceros o de quienes se valga, pero cabe la exclusión de responsabilidad por culpa leve. (M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II...*, cit., p. 450).

⁹⁸ Cfr. M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo III*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 1989, 1ª ed., pp. 100-101.

- Para Sanguinetti Raymond –que se acoge al modelo francés– el objeto de la obligación del promitente es la ejecución de la obra, entendida como todo resultado material o inmaterial del trabajo manual o intelectual (aplicable a la locación de servicios), por lo que puede tratarse de una obligación de carácter fungible puesto que lo querido no es la promesa de trabajo sino la obra. (Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., p. 197 y ss.).

- Alonso Olea señala que la prestación de trabajo cobra el carácter de personalísima porque el trabajador en primer lugar compromete sus energías físicas y mentales, indisolubles de su personalidad; y en segundo lugar, porque a consecuencia de que cada persona es un individuo diferente de los demás, cada trabajador difiere de los otros así como sus prestaciones en cuanto emanación de cada personalidad singular. (Cfr. M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho...*, cit., p. 136). Una postura similar: A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 505.

- Lo anterior se condice con la imposibilidad de novación subjetiva en lo que respecta al trabajador, a diferencia de la posibilidad de sustitución del empleador, salvo que éste sea persona natural. (Cfr. A. DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, “Los contratos de trabajo...”, cit., pp. 199-202). Una postura similar: L. BARASSI, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 277.

retribución y en el marco del derecho laboral se le denominará remuneración⁹⁹. Por este motivo, verificada la existencia de dicha contraprestación, es posible acercarse más a determinar la desnaturalización de los referidos contratos.

Por otra parte, el elemento que ha de permitirnos distinguir definitivamente entre un contrato y otro es la subordinación, tipificante del contrato de trabajo. A diferencia del contrato civil, en el cual la ausencia de tal elemento es la característica esencial del contrato pues en éste el locador goza de la libertad de actuación y decisión en la ejecución siempre que actúe de modo diligente y en la búsqueda de satisfacer el interés del comitente¹⁰⁰, en el contrato de trabajo el empleador cuenta con la potestad de ordenar las actividades del prestador de servicios, a quien corresponde la obligación correlativa de obedecer y acatar las disposiciones del empleador.¹⁰¹ Concretamente, es este elemento el que da pie a la aplicación de la primacía de la realidad en lo que respecta a la desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, siendo lo único discutible la finalidad y formalidad del contrato modal y no la esencialidad del contrato.

2.1.1.2. Naturales.-

Estos elementos propiamente son efectos jurídicos que se derivan de la naturaleza de ciertos actos por disposición de la ley aunque las partes no los hayan incluido y se relacionan

⁹⁹ Respecto de la remuneración, Arce Ortiz aclara que si bien es cierto que en Perú se considera a ésta como la percepción económica que retribuye el servicio prestado, solo en vía de excepción o por ley expresa se han incluido otros supuestos donde no existe prestación efectiva de servicios. (Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., p. 324).

- Sobre la remuneración: J. CHAVARRO CADENA Y G. CORTÉS GUZMÁN, *Cartilla laboral y Seguridad Social*, Editorial Nueva Legislación, Bogotá, 2012, pp. 11-102.; W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., p. 212 y ss.; E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., pp. 321-395.

¹⁰⁰ Cfr. F. GÓMEZ VALDEZ, *El contrato de trabajo. Parte general. Tomo I...*, cit., p. 300.

- Beltrán Pacheco aclara que la autonomía que caracteriza a los contratos civiles que versan sobre la prestación de servicios no es absoluta pues en algunos contratos el comitente puede establecer especificaciones que deben ser cumplidas por el prestador del servicio e inspeccionar la ejecución de la obra, aunque ello no implica una subordinación sino la “determinación del interés del acreedor a ser satisfecho”. (Cfr. J. BELTRÁN PACHECO, “Prestación de servicios...”, cit., pp. 95, 119-120).

¹⁰¹ J. CHAVARRO CADENA Y G. CORTÉS GUZMÁN, *Cartilla laboral...*, cit., p. 11.

- Agregamos que existen determinados casos en los que la subordinación se vuelve difusa o en todo caso no se presenta con la nitidez habitual, como en el caso de los trabajadores de dirección o de confianza. En el caso de estos, la relación laboral se aprecia no tanto porque puedan ser fiscalizados o estén sujetos a las mismas obligaciones que los demás trabajadores –como marcar la hora de entrada o de salida, o ser sancionados por el empleador–, sino porque representan al empleador, cuentan con capacidad de mando o se encuentran en la capacidad de ejercer las facultades de este.

- Sobre la subordinación: M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., pp. 25-26.; A. LAPOUBLE CHERO, *Manual teórico-práctico...*, cit., p. 35.; L. HERNÁNDEZ RUEDA, “Poder de dirección del empleador”, en N. DE BUEN LOZANO Y M. MORGADO VALENZUELA, (coords.), *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social...*, cit., pp. 405-415.

con su función o finalidad, no obstante –salvo excepciones, dependiendo del tipo de contrato– éstas pueden regularlos de diversas formas sin afectar la validez del acto¹⁰². La pertinencia del estudio de estos elementos estriba en que ellos terminarán de reforzar o debilitar la esencialidad de los contratos, en tanto que estos efectos son el resultado de la autonomía o subordinación jurídica de los sujetos del contrato y esclarecen la esencia de la relación jurídica.

A consecuencia de la autonomía del locador de servicios, el elemento natural es principalmente el uso de materiales proporcionados por éste¹⁰³, lo cual permite que se apliquen las normas de la compra-venta en la medida en que tales materiales no sean valores secundarios respecto de la actividad del locador¹⁰⁴, siendo jurídicamente posible que en éste contrato las partes puedan precisar las condiciones de la prestación, modificarla o extinguirla, incluso renunciar a sus derechos y transigir sobre ellos.

Sin embargo en el contrato de trabajo, a consecuencia de la subordinación y dependencia como elemento esencial, se dan una serie de efectos propios del contrato o por mandato legal. Respecto de los primeros tenemos el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por el empleador –a diferencia del contrato civil–, la ejecución de la prestación en el lugar indicado o aceptado por dicho sujeto, la integración del trabajador en la organización de la empresa, el pago periódico de la contraprestación económica, etc., pues es el empleador quien ejerce el dominio jurídico de la relación; y de los segundos, además de la percepción de la remuneración, el derecho a la estabilidad laboral y a todos los beneficios laborales, a diferencia de la locación

¹⁰² Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p.100.; Cfr. F. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico...*, cit., pp. 90-91; Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico...*, cit., p. 40.; Cfr. F. MOREYRA GARCÍA SAYÁN, *El acto jurídico según el Código Civil...*, cit., p. 90.

- Cariota Ferrara señala que en este caso, la voluntad es necesaria sólo para excluir tales efectos o elementos. Sin embargo, el mencionado autor señala que los elementos naturales como tales no existen, lo que existe son efectos naturales que no pueden ser esenciales porque a las partes les está permitido excluirlos pero que bien puede llamárseles naturales porque las partes no tienen necesidad de pactarlos. Sólo en ese sentido se podría hablar de elementos naturales. (Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico...*, cit., p. 91).

¹⁰³ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), Directiva General N° 002-2004-MTPE/SG/OGA - Contratación por Locación de servicios y servicios no Personales en el Ministerio De Trabajo y Promoción Del Empleo (MTPE). http://www.mintra.gob.pe/contenidos/portal_de_transparencia/administracion/directiva_contratacion_personal.pdf (Último acceso: 12-05-2016).

¹⁰⁴ Cfr. M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II...*, cit., pp. 453-454. Por ese motivo el autor precisa que si los materiales puestos por el locador constituyen el factor fundamental en el cumplimiento del contrato, de tal modo, que su actividad resulte siendo secundaria, no existirá locación de servicios sino contrato de compraventa.

- Cfr. M. MUÑOZ ROJO, “Locación de servicios”, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Dir.), *Código Civil Comentado. Tomo IX...*, cit., p. 139.; Cfr. J. PERALTA ANDÍA Y N. PERALTA ZECENARRO, “Fuentes de las obligaciones...”, cit., p. 612-613.

de servicios, en la cual el prestador sólo tiene derecho a la retribución económica¹⁰⁵. En ambos casos, las partes se encuentran impedidas de regular bilateralmente tales efectos por la esencia del contrato y por el mismo carácter tuitivo del Derecho Laboral, al que deben someterse.¹⁰⁶ A consecuencia de ello, estos elementos o efectos también se conocen como indicios o rasgos de laboralidad, no obstante son enunciados que de por sí no constituyen una lista taxativa, siendo estos los que dan pie a aquello que en la doctrina laboral se denomina como “test de dependencia”, “test de laboralidad” o “examen de indicios”¹⁰⁷.

2.1.1.3. Accidentales.-

Partiendo del hecho de que la norma laboral presume la existencia de una relación de trabajo a plazo indeterminado, y después del análisis que incidió sobre los elementos esenciales y naturales de ambos contratos, pareciera que en mérito al derecho a la estabilidad laboral –que constituye un efecto de la celebración del contrato de trabajo– la presunción legal del plazo indeterminado también constituye un elemento natural del contrato de trabajo. Sin embargo, como aclararemos en los siguientes acápites, la estabilidad laboral si bien es cierto se encuentra fuertemente protegida por la presunción del plazo indeterminado –por lo que es posible que se confundan ambos–, constituye un derecho tutelado tanto en el contrato de trabajo a plazo

¹⁰⁵ Cfr. J. PERALTA ANDÍA Y N. PERALTA ZECENARRO, “Fuentes de las obligaciones...”, cit., p. 606.

- Consideramos que dicha diferencia en cuanto a los conceptos económicos percibidos obedecen a la asunción de los riesgos, debido a que en la locación de servicios, al encontrarse las partes en el mismo pie de igualdad y libres de la nota de exclusividad en la prestación del servicio, se trata de un factor de atribución subjetivo de dolo o culpa; mientras que en el contrato de trabajo, dada la desigualdad y la nota de exclusividad de la prestación personal de servicios en favor de otro, el trabajador asume riesgos de carácter personal en favor del empleador, quien se enriquece a costa de éstos, lo que genera un mayor deber de compensación económica en favor del prestador de servicios.

¹⁰⁶ Caldera señala que “en una posición contractualista podría comprenderse bajo el rubro de efectos del contrato toda legislación del trabajo: las disposiciones protectoras quedarían consideradas como obligaciones legales del patrono y las que regulan la prestación de servicios, como obligaciones del trabajador, insertas en sus respectivos contratos de trabajo” (R. CALDERA, *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 299).

- Al respecto, cabe citar a Blancas Bustamante, quien precisa que “el intenso marco constitucional y, directamente derivado de este, legal, e incluso el convencional o paccionado, va a determinar que una relación innegablemente privada como lo es el “contrato de trabajo” pueda ser calificada como «contrato normado», en la medida en que aquel [...] se inserta hoy en un cuadro regulado extensa e intensamente por la normativa laboral de origen estatal y de origen convenido.” (C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007, p. 81).

- Cfr. J. GARCÍA VARA, “Existencia de una relación por prestación de servicios. Prioridad de la realidad de los hechos”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitatis, Venezuela, Núm. 12, (Diciembre 2011), pp. 183-184.

¹⁰⁷ La primera denominación corresponde a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la segunda al Tribunal Constitucional. Sobre la OIT: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), R198, Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198). Núm. 13. Sobre el Tribunal Constitucional: STC Exp. N° 02069-2009-PA/TC, del 25 de marzo de 2010, FJ. 4; STC Exp. N° 01193-2011-PA/TC, del 10 de enero de 2012, FJ. 5.

- Cfr. J. GARCÍA VARA, “Existencia de una relación...”, cit., pp. 183-184.

indeterminado como en el contrato de trabajo a plazo fijo toda vez que este derecho protege al trabajador frente al despido arbitrario. Es decir, la presunción del plazo indeterminado –aunque acepte prueba en contrario– busca proteger el derecho a la estabilidad laboral, pero tal presunción no agota este derecho. Asimismo, la sola celebración del contrato de trabajo no determina que éste naturalmente sea a plazo indeterminado, porque también existen contratos de trabajo que por sus propias características son a plazo fijo. En consecuencia, la presunción del plazo indeterminado no constituye un elemento natural del contrato de trabajo. En todo caso, puede considerarse –en un sentido amplio– como elemento natural si partimos del supuesto de que, salvo excepciones, los contratos de trabajo –por las características de las labores a ejecutar y en relación con el ciclo productivo– generalmente tienen una vocación de permanencia en el tiempo, la cual se llega a identificar materialmente con el derecho a la estabilidad en el empleo que –partiendo también de las peculiaridades del trabajo a desempeñar en relación con el ciclo productivo– busca evitar el despido arbitrario.

Por otro lado, distinguimos que el plazo –desde la perspectiva estructural del acto jurídico– constituye una estipulación accesoria del contrato dado que este elemento –sin incidir en su validez y naturaleza– determina el inicio y finalización del acto. En consecuencia, podemos distinguir entre la indeterminación del plazo –que en sentido amplio constituye un elemento natural del contrato de trabajo– y el plazo como elemento accidental del contrato.

En tal sentido, los elementos accidentales constituyen estipulaciones accesorias introducidas en ejercicio de la autonomía de la voluntad mediante cláusulas expresas y siempre que no desvirtúen la esencia del acto¹⁰⁸, con el objeto de limitar de algún modo la plenitud de la obligación principal, sea haciendo insegura su existencia, postergado su exigibilidad a un momento ulterior, obligando al titular del derecho el cumplimiento de una carga accesoria o señalando un tiempo de vida al acto¹⁰⁹. Sin embargo, hay actos jurídicos que por su naturaleza, no toleran quedar supeditados a modalidades por ser estas incompatibles con sus fines económico-sociales.

¹⁰⁸ J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico...*, cit., p. 40.; Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico...*, cit., p. 92-93.

¹⁰⁹ A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p.100.

Sin embargo, antes de proseguir y analizar la existencia de estos elementos en ambos contratos, es menester aclarar que, a diferencia de la locación de servicios, en el contrato de trabajo existe una seria limitación a la autonomía de la voluntad para regular el contenido de dicho acto porque éste ya viene determinado en gran parte por sus elementos esenciales, por la ley laboral y los convenios colectivos de trabajo¹¹⁰. Por ese motivo analizaremos si respecto de éstos elementos la primacía de la realidad podría “convalidarlos” una vez comprobada la presunción de laboralidad.

2.1.1.3.1. Plazo.-

Definido por Torres Vásquez como “el evento futuro y cierto de cuyo acaecimiento se hace depender el nacimiento, la exigibilidad o la finalización de los efectos del acto jurídico”¹¹¹, indica el momento desde el cual inicia o finaliza la eficacia del acto jurídico. A su vez, se puede clasificar en: a) suspensivo y extintivo, b) legal, convencional y judicial, c) expreso y tácito¹¹².

Para lo que nos compete, aunque nuestro ordenamiento jurídico ha establecido plazos máximos de duración para la locación de servicios a fin de evitar que los servicios se prolonguen indefinidamente en el tiempo y que el locador resulte ser una especie de “siervo del comitente”¹¹³, la explotación o el ocultamiento de un contrato de trabajo (simulación relativa)¹¹⁴, es posible pactar un plazo mayor al máximo legal, sin embargo corresponderá solo al locador la invocación del plazo máximo y no al comitente, salvo pacto distinto¹¹⁵. Ahora bien, respecto del

¹¹⁰ A. LAPOUBLE CHERO, *Manual teórico-práctico...*, cit., p. 34.

¹¹¹ A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p.481. El autor explica que cuando las partes tienen interés no en suspender el nacimiento de la relación negocial sino en diferir el surgimiento o exigibilidad de las consecuencias jurídicas, o incluso en limitar su vigencia, recurren al plazo, partiendo del hecho que lo querido por las partes es que los efectos no se produzcan o no sean exigibles sino desde o hasta que llegue un acontecimiento futuro y cierto por ellas fijado.

- V. VIAL DEL RÍO, *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 385.

¹¹² Cfr. V. VIAL DEL RÍO, *Teoría general...*, cit., p. 387 y ss.; Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico*, cit., p. 49, 53.

¹¹³ Cfr. M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II...*, cit., p. 452.

- En éste caso, dicha servidumbre equivaldría a la celebración de un contrato de por vida, que es totalmente diferente del contrato laboral a plazo indeterminado. Para mayor profundización: A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 226 y ss.

¹¹⁴ J. BELTRÁN PACHECO, “Prestación de servicios...”, cit., p. 121.

¹¹⁵ M. ARIAS-SCHREIBER PEZET, *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II...*, cit., p. 452.; J. BELTRÁN PACHECO, “Prestación de servicios...”, cit., p. 121.

- Peralta Andía y Peralta Zecenarro señalan que el fundamento de esta limitación en el tiempo radica en el respeto a la libertad de trabajo de las personas, pues nadie puede ser sometido a una especie de esclavitud convencional e indeterminada como

encubrimiento de un contrato de trabajo, tenemos que éste se caracteriza por ser de duración indeterminada o indefinida —ello explica la presunción de que salvo prueba en contrario, en toda prestación de servicios remunerados y subordinados existe un contrato de trabajo a plazo indeterminado—, no obstante que la legislación con el objetivo de limitar el despido arbitrario y en atención a ciertos casos, permite la celebración de contratos a plazo fijo sólo cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio a prestar o cuando existe la necesidad de ejecutar una obra o un servicio específico¹¹⁶.

De las anotaciones anteriores resulta que el contrato de trabajo generalmente sea a plazo indeterminado y excepcionalmente a plazo fijo mientras que la locación de servicios por regla general sea temporal y no permanente, y excepcionalmente a tiempo indeterminado¹¹⁷. Sin embargo, consideramos que de existir un plazo fijo en el contrato de locación de servicios, en aplicación de la primacía de la realidad, éste podría convalidarse sólo a pedido de trabajador dependiendo de si el plazo “civilmente” acordado obedece además a la excepcionalidad que caracteriza a los contratos laborales a plazo fijo y cumple con limitar el despido arbitrario u otras formas de fraude, lo cual analizaremos con mayor detenimiento en los siguientes apartados.

2.1.1.3.2. Modo.-

Al respecto, no cabe la existencia de este elemento¹¹⁸ en ambos contratos dado que éstos se caracterizan por ser a título oneroso, y el cargo o modo pertenece a los actos a título gratuito. Consecuencia de ello, al tratarse de un elemento accidental que puede suceder a un acto gratuito y que busca restringir la ventaja económica lograda con dicho acto, el monto del

resultado de la explotación del poderoso en perjuicio del económicamente débil. (Cfr. J. PERALTA ANDÍA Y N. PERALTA ZECENARRO, “*Fuentes de las obligaciones...*”, cit., p. 607). Quizá podemos citar el ejemplo de un asesor legal externo al que se contrata para que atienda diversos procesos de la empresa asesorada más no en forma exclusiva.

- En este caso nos encontramos frente a un plazo legal, pues, como señala León Barandiarán, este surge cuando a falta de estipulación inter partes, la ley fija la duración del plazo en actos que constitucionalmente están sujetos a un plazo. (J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico...*, cit., p. 53).

¹¹⁶Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., pp. 159-242.

- Blancas Bustamante oportunamente señala que del efecto conformador del Derecho del Trabajo que tiene el enunciado constitucional de los principales derechos laborales se desprende el hecho de que, en la configuración de la relación laboral, el campo de la autonomía de la voluntad quede rigurosamente acotado por las normas que integran esta rama del derecho, disponiendo de un margen reducido para desplegarse. Se trata, de un aspecto de la irradiación de los derechos fundamentales sobre las relaciones entre particulares.” (Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona...*, cit., p. 81)

¹¹⁷ Cfr. J. BELTRÁN PACHECO, “Prestación de servicios...”, cit., p. 121.

¹¹⁸ Respecto del modo: A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p. 505.; J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico...*, cit., p.55.

encargo necesariamente debe ser inferior al beneficio obtenido, lo cual es incompatible con la contraprestación económica de ambos contratos, pues de otro forma el acto gratuito se transformaría en oneroso y el cargo en una contraprestación convenida, atentando contra la naturaleza de este elemento y de los susodichos contratos¹¹⁹. Por otro lado, por tratarse de obligaciones *intuitu personae*, en ambos corresponde al prestador de servicios manifestar personalmente su voluntad de contratar, por lo que el consentimiento debe ser definitivo y no condicionado a un acontecimiento futuro¹²⁰.

Fruto de las anotaciones hechas, consideramos que la primacía de la realidad no podría convalidar el modo toda vez que éste elemento es inexistente en la locación de servicios, por tratarse de un acto oneroso, aunque ello no obstaría para que este elemento sea convalidado como remuneración en el hipotético caso de que se encubra una relación laboral mediante un contrato a título gratuito, para lo cual habría que evaluar los elementos y características de dicho acto.

2.1.1.3.3. Condición.-

Definida como el acontecimiento futuro e incierto establecido por las partes –pero cuya realización no depende de estas– y que determina el nacimiento o extinción de un derecho, pudiendo ser: a) positivas y negativas, b) posibles e imposibles, c) potestativas, casuales y mixtas, d) suspensivas y resolutorias¹²¹.

En el caso de ambos contratos, las causas de su extinción se encuentran determinadas por la ley y obedecen a dos criterios: la voluntad de las partes y el hecho ajeno a éstas, aunque a diferencia del contrato de trabajo, la locación de servicios otorga a las partes un mayor margen de disponibilidad en cuanto al pacto de las condiciones del acto pues –en ambos casos– no se excluye la posibilidad de pactar otro tipo de condiciones además de las suspensivas o resolutorias siempre y cuando no se trate de obligaciones que bajo una condición meramente potestativa dependan de la sola voluntad del deudor –en el caso del contrato de trabajo, que se

¹¹⁹ Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico...*, cit., p. 55.

¹²⁰ Cfr. A. LAPOUBLE CHERO, *Manual teórico-práctico...*, cit., p. 34.

¹²¹ V. VIAL DEL RÍO, *Teoría general...*, cit., p. 329 y ss.; Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., pp.440-441; Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico...*, cit., pp. 41-48.

remitan a la mera voluntad del empresario o trabajador—, sean contrarias a la ley, la moral, el orden público o involucren abuso del derecho, o que —también en el caso del contrato de trabajo— además involucren la afectación al principio de indisponibilidad de derechos contenidos en la Constitución y la Ley ¹²².

Al respecto, consideramos que, al igual que en el plazo, en aplicación de la primacía de la realidad, el elemento de la condición sí podría convalidarse para dar origen a un contrato de trabajo modal pero sólo a pedido de trabajador y siempre y cuando las condiciones estipuladas en el contrato simulado, ya sea para el inicio de la relación como para su finalización, no excedan de los límites antes advertidos, obedeciendo además a la excepcionalidad que caracteriza a tales contratos y sin dejar lugar al ejercicio del despido arbitrario u otras formas de fraude.

2.2. Principales objeciones a partir de los requisitos especiales del contrato de trabajo modal

Anteriormente habíamos advertido la ausencia de objeciones a la desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad, salvo en cuanto a dos elementos: la causa y la formalidad escrita. Por ese motivo, dedicaremos el presente apartado a tratar las objeciones que estos elementos pueden presentar a la referida desnaturalización como consecuencia de aplicar la primacía de la realidad y las soluciones propuestas.

En lo que concierne al contrato de trabajo sujeto a modalidad, tenemos que éste es aquel cuyo término de duración se precisa al momento de la celebración del acuerdo toda vez que las partes incluyen previsiones sobre la extinción del negocio ya sea estableciendo un plazo o una condición¹²³, siendo que “a las causas generales de extinción contractual se añade una

¹²² Cfr. V. VIAL DEL RÍO, *Teoría general...*, cit., p. 329 y ss.; Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., pp.440-441.; Cfr. J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico*, cit., pp. 41-48.; Cfr. Cas. N° 4936-2014 – Callao, del 25 de mayo de 2015, considerando noveno y décimo.

¹²³ Cfr. A. LAPOUBLE CHERO, *Manual teórico-práctico...*, cit., p. 84. Seguidamente, el autor señala que la fecha de terminación debe ser indicada o en todo caso debe estar condicionada a la realización de una obra de trabajo.

- Como señaló León Barandiarán, cuando al acto jurídico no se le adhiera plazo, condición o cargo, se le llama puro. Cuando se le ha anexado una modalidad, se le denomina acto modal. (J. LEÓN BARANDIARÁN, *Manual del acto jurídico...*, cit., p. 41).

especialmente significativa debido a que el contrato nace siendo intrínsecamente temporal”.¹²⁴ Asimismo, la temporalidad de la relación laboral no incide sobre los elementos esenciales del contrato sino sobre los elementos accidentales.

Realizando una interpretación concordada de los artículos 53°, 72°, 77° y 82° del Decreto Supremo N° 003-97-TR se tiene que éstos contratos obedecen no solo a requisitos legales sino a causas objetivas que los justifican, lo cual obliga a que éstas sean especificadas con detalle así como la duración del contrato y las demás condiciones de la relación laboral, y de existir algún vicio en la causa, el contrato se desnaturaliza y se deduce que la relación laboral es a plazo indeterminado¹²⁵.

2.2.1. Sobre la causa objetiva.-

La legislación laboral establece que toda contratación temporal por su naturaleza excepcional debe sustentarse en una causa objetiva también de naturaleza temporal conforme a lo que en doctrina se denomina como principio de causalidad. Dicha causa objetiva es requisito indispensable para la suscripción y validez de los contratos temporales¹²⁶, y su inexistencia –ya sea por omisión o falsedad– es causal de desnaturalización del contrato en uno de plazo indeterminado. En ese orden, son causas objetivas de la contratación el motivo, razón o hecho determinante que lleva a contratar, ya sea por inicio de la actividad productiva, instalación de nuevos establecimientos, incremento de actividades, etc. Como expresó el Tribunal Constitucional, dada la preferencia por el contrato a plazo indeterminado, la observancia del

¹²⁴ Cfr. A. SEMPERE NAVARRO, “La contratación temporal y el estatuto de los trabajadores: cuestiones generales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 58, (Mayo 2006), p. 158.; Cfr. STS 13 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3909). El mencionado autor añade que la temporalidad de la relación no conlleva una diferenciación esencial sino meramente cronológica respecto del contrato de trabajo concertado por tiempo indefinido, aunque sí resultan admisibles algunas especialidades en orden a su regulación legal.

¹²⁵ Como dijo Arce Ortiz, si nuestro ordenamiento jurídico-laboral guarda una preferencia por la contratación por tiempo indeterminado en labores permanentes, es lógico que los contratos sujetos a modalidad respeten escrupulosamente los requisitos sustanciales descritos en el tipo legal. (Cfr. E. ARCE ORTIZ, *La contratación temporal en el Perú*, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 107).

- El Tribunal Constitucional señala que, en observancia del artículo 72° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, para que el contrato de trabajo esté causalizado, es necesario precisar el cargo, servicio concreto a realizar, funciones a desempeñar, en qué consiste el servicio para el que se contrata y la justificación de la temporalidad del contrato. (Cfr. STC Exp. N° 1477-2010 PA/TC, del 19 de octubre de 2011, F.J. 4.)

¹²⁶ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), Noticia “Contratación temporal debe sustentarse en principio de causalidad”, (19/11/2012). Disponible en <http://www.mintra.gob.pe/mostrarNoticias.php?codNoticia=3841> (Último acceso: 12-05-2016).

principio de causalidad –que fundamenta la excepcionalidad del contrato modal– garantiza la duración del vínculo laboral mientras subsista la fuente que le dio origen por tratarse de labores con un alcance limitado en el tiempo en mérito a determinadas circunstancias o la naturaleza temporal o accidental del servicio a prestar¹²⁷. Por esa razón, la verificación de sus causas –entendida como la confluencia de la convicción subjetiva del empleador respecto de la necesidad del trabajador a plazo fijo y la convicción objetiva partiendo de los hechos que motiven tal contrato– debe hacerse con anterioridad a la celebración del contrato.

En lo que respecta a la causa de los contratos de trabajo modales, consideramos que es conveniente acoger una postura ecléctica que incluya la causa del acto jurídico y el principio de causalidad. Si bien la causa ha de ser el requisito fáctico contemplado por el ordenamiento jurídico de acuerdo al principio de causalidad, ésta también puede entenderse a la luz de la teoría de la causa-fin del acto jurídico de dos formas:

- La primera forma es, partiendo del planteamiento hecho por Mendiburu Mendocilla, en su doble función jurídica y económica social, inscrita en la corriente objetiva de la causa del acto jurídico. Es decir, mientras la función jurídica está determinada por el precepto legal, la función económico-social busca justificar el contrato modal en hechos o fenómenos concretos de naturaleza económico-social. Es por ello que la causa necesita ser contrastada con la realidad a fin de hallar la justificación real, pues de darse algún supuesto de hecho contemplado por la norma jurídica este podría no revestir una mayor trascendencia económico-social de acuerdo a lo contemplado en abstracto por el legislador, y resultar en sí una causa aparente o una falsa justificación para recurrir a la contratación modal, que incluso puede concretarse como fraude a la ley¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. STC Exp. N° 1397-2001-AA/TC, del 09 de octubre de 2002, F.J. 3.

¹²⁸ Cfr. M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., pp. 67-68.; Cfr. L. TABOADA CÓRDOVA, *La causa del negocio jurídico*, Editorial San Marcos, Lima, 1999, 2ª ed., pp. 229 y ss.

- Cariota Ferrara señala que debe entenderse por causa de los negocios jurídicos la razón del negocio, razón que es la función práctico-social del mismo, reconocida por el Derecho, pues entendida de esta forma, se abrazan todos los negocios jurídicos, negando a su vez la visión de función económico-social propuesta por Betti. (Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico...*, cit., p. 157).

- La segunda forma es a partir de una teoría ecléctica o unitaria de la causa¹²⁹, pues si tenemos que los supuestos de celebración del contrato de trabajo sujeto a modalidad no sólo constituyen requisitos fácticos sino supuestos generales y abstractos reconocidos y contemplados por el ordenamiento jurídico para cumplir una función económico-social orientada a satisfacer las necesidades de elasticidad en la contratación empresarial de acuerdo a la economía sin dejar de lado la necesidad de formalizar la contratación laboral, por esa razón la contratación modal habría de justificarse en hechos económicos y socialmente trascendentes que permitan al empleador apartarse de la regla general de contratación laboral a plazo indeterminado conforme a los postulados de la teoría objetiva de la causa. Asimismo, de acuerdo a los postulados de la teoría subjetiva de la causa, el motivo concreto, impulsivo y determinante de la celebración del contrato modal debe guardar relación directa e identificarse con los supuestos generales y abstractos contemplados por la ley para la celebración del contrato¹³⁰. En ese sentido, puede suceder que la motivación intrínseca del empleador sea escapar de la regla general de contratación a plazo indeterminado amparado en una causa falsa o aparente.

Por lo tanto, las causas objetiva y subjetiva conjuntamente deben ajustarse a lo establecido por el ordenamiento jurídico. De incumplirse alguno de estos supuestos, la sanción será, dado el carácter tuitivo del derecho laboral y la opción del legislador peruano, la declaración de una relación a plazo indeterminado y no la nulidad del contrato o la invalidez del mismo pues la invalidez recae sólo sobre el plazo estipulado y la condición resolutoria.

2.2.1.1.El principio de causalidad y el fraude a la ley.-

Anteriormente habíamos señalado que frente a la regla general del plazo indeterminado que busca para asegurar la estabilidad en el empleo, la excepcionalidad del contrato de trabajo modal obedece a la naturaleza temporal de las labores y que a su vez determinan las causas objetivas de contratación, por lo cual se exige como formalidad que éstas sean señaladas

¹²⁹ Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p.695.

¹³⁰ Cariota Ferrara señala que los motivos como elementos psíquicos que, en el caso concreto, determinan la voluntad de las partes o de la parte a celebrar el negocio, generalmente son descartados de plano. Sin embargo, en algunos negocios jurídicos, son tomados en cuenta por la ley. (Cfr. L. CARIOTA FERRARA, *El negocio jurídico...*, cit., p. 158).

expresamente al inicio del contrato y por escrito para asegurar la validez del plazo previamente determinado, sin que ello menoscabe la esencia del contrato de trabajo.

Partiendo de la consideración antes hecha, Arce Ortiz señala que se incumple con los requisitos legales para la contratación a plazo fijo de dos formas: 1) Por la inexistencia de contrato escrito, en cuyo caso se estará ante contratos tácitos o verbales, o por consignar la causa de manera defectuosa, es decir, no se expresa la causa formalmente o se hace de modo ambiguo u oscuro; 2) Por el desajuste entre el objeto del contrato escrito y la ejecución de la prestación de servicios¹³¹. Aunque de éstos supuestos no se aprecia una evasión de la imperatividad del Derecho del Trabajo, el hecho de consignar la causa en forma defectuosa o ambigua, o peor aún expresar una causa aparente que no guarda relación con la ejecución de la prestación de servicios nos lleva a la conclusión de que se trata de un supuesto de fraude a la ley laboral, toda vez que al no encontrarse prohibida la contratación modal, al amparo de una disposición legal que la permite bajo ciertas condiciones, se consigue el resultado prohibido por el derecho al trabajo que es el ejercicio abusivo del despido. Al no incidir en estricto sobre la validez del contrato de trabajo, objetivamente el contrato modal aparece como jurídicamente correcto –puesto que se respetan los elementos esenciales de la relación laboral– no obstante, en forma subjetiva está previsto el perjuicio al trabajador mediante la lesión de otros derechos laborales como la estabilidad en el empleo, la sindicalización, etc., o dicho de otra forma, se emplea una norma laboral para lesionar derechos laborales. En suma, la inobservancia del requisito de causa justificada constituye un supuesto de fraude a la ley laboral, siendo que, como señala acertadamente Arce Ortiz¹³², ésta puede lesionar derechos constitucionales como:

- 1) El derecho al trabajo (Art. 22º de la Constitución) pues si la contratación indefinida, como promotora del derecho de estabilidad en el trabajo, constituye la regla general, el contrato modal debería tener una causa justa de contratación, caso contrario, se deja de lado la protección constitucional. Aquí presentamos las siguientes consideraciones:

¹³¹E. ARCE ORTIZ, *La contratación temporal...*, cit., pp. 107-108.; Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., pp. 211-212.; Cfr. A. SEMPERE NAVARRO, “La contratación temporal y el estatuto...”, cit., pp. 151-183.

¹³² Cfr. E. ARCE ORTIZ, *La contratación temporal...*, cit., pp. 144-146.; Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., pp. 213-216.

- Si partimos de que el derecho al trabajo contiene el principio de estabilidad laboral, y que la ausencia de causa vulnera tal principio, que es una manifestación del Derecho al Trabajo, el hecho que exista estabilidad en el trabajo no solo significa que se trate de un contrato a plazo indeterminado –estabilidad de entrada– pues la estabilidad también implica la imposibilidad por parte del empleador de extinguir el contrato de trabajo en forma injustificada –estabilidad de salida–, independientemente de si sea modal o no.¹³³
 - Si la regla general del plazo indeterminado obedece a una necesidad de tutelar al trabajador frente al despido arbitrario –que como resultado prohibido puede obtenerse mediante el fraude a la ley empleando la contratación modal–, la inobservancia del requisito de causa justificada –y la permisividad que se haga respecto de su exigencia–, abandona dicho deber constitucional a la mera potestad del empleador en la elección de la forma contractual, dependiendo la tutela del trabajador ya no de los mandatos de la ley sino de la voluntad del empleador que tranquilamente puede optar por una forma u otra, lo cual vacía de contenido las prohibiciones que se hacen respecto del fraude a la ley, transformando en arbitrarias a todas sus normas y a la actuación del principio de primacía de la realidad.¹³⁴
- 2) El derecho de información –en tanto que es parte del deber de buena fe contractual dejar en claro las reglas que han de regir la relación– y a consecuencia de ello, el ejercicio total del derecho de defensa (Art. 139° C). Como señala Arce Ortiz, quizá la expresión de causa puede parecer irrelevante frente a la presunción de la norma laboral que se inclina por el contrato a plazo indeterminado pues lo indispensable en esta vía es probar

¹³³ Como señala De Buen Lozano, el contenido del derecho al trabajo se manifiesta de dos formas: en el derecho a conseguir un empleo y en el derecho a conservarlo, traduciéndose la segunda forma en la fórmula de que todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. En consecuencia, ésta manifestación se identifica como el principio de estabilidad en el empleo. (Cfr. N. DE BUEN LOZANO, *Derecho del trabajo. Tomo I...*, cit., pp. 85-86.; C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 158).

¹³⁴ Como señala Sanguinetti Raymond, “la existencia de un régimen de protección contra el despido sin causa, por más estricto que este fuese, no sería capaz de garantizar ese objetivo si las partes tuviesen la posibilidad de determinar libremente la duración del contrato de trabajo... la protección frente al despido arbitrario no sería entonces tal, puesto que aquello que se quiere evitar limitando la facultad de despedir (la arbitrariedad del empleador), sería posible accediendo a la contratación temporal”. (W. SANGUINETI RAYMOND, *Derecho constitucional del trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, 1ª ed., 2ª reimpr., p. 68).
- Cfr. M. PASCO COSMÓPOLIS, “Reafirmación de los principios...”, cit., pp. 30-32.

la naturaleza laboral de los servicios, pero de encontrarse en un supuesto caso de fraude de ley ¿cómo alegarlo y defenderse si se trata de una causa desconocida? Al respecto, tenemos las siguientes consideraciones:

- A consecuencia de no dejar en claro desde el principio no solo las reglas sino las características de la relación laboral, se imposibilita al trabajador denunciar el incumplimiento por parte del empleador, limitándose a hacer alegaciones que se remontan en forma genérica a la normativa laboral pero sin poder denunciar un hecho en específico, lo que repercute en que posteriormente no pueda contar con fundamentos de hecho que sustenten su pretensión.
- El hecho de no consignar la causa objetiva desde el inicio de la relación laboral no sólo tiene repercusiones en materia procesal cuando se alega el fraude a la ley, sino que permite al empleador, quien goza de un mayor poder en la relación contractual, modificar arbitrariamente las condiciones de trabajo o aquellas incidencias que se den al interior de la relación para desvirtuar el juicio de subsunción que pueda hacer el trabajador a partir de la alteración del supuesto de hecho contemplado en la norma laboral y evitar de esa forma su aplicación.¹³⁵

Por otro lado, consideramos que en forma tangencial se lesiona el derecho a la sindicalización, pues al limitar la duración del contrato de trabajo, frente la inestabilidad y el riesgo de la conclusión del mismo, se impide la cohesión entre los trabajadores, y en consecuencia el fortalecimiento sindical.

¹³⁵ Por otro lado, Arce Ortiz considera que de ésta forma también se puede lesionar el derecho de tutela jurisdiccional del empleador, “por cuanto se le negaría el derecho de defensa aun cuando el trabajador no ha probado el encubrimiento de una contratación por tiempo indefinido. Es decir, se reconocería una consecuencia (indefinición de la relación laboral), sin que se haya aportado el respectivo material probatorio. Esta es la prueba evidente de que el artículo 77 de la LPCL no se refiere a todos los actos fraudulentos que impliquen elusión de las normas de contratación temporal, sino que se refiere sólo a los actos que, amparados en un contrato sujeto a modalidad, pretenden eludir la contratación indefinida. Es un artículo que busca restituir el principio de preferencia de la contratación indefinida en actividades empresariales de carácter permanente, estable, habitual u ordinario y para eso recurre a la sanción.” (E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., pp. 203-204).

- Complementando la idea antes expuesta, dicho peligro existe porque se olvida que, como señala Puntriano Rosas, la facilitación probatoria no implica ausencia de probanza, por lo que el demandante deberá aportar al menos indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión. (Cfr. C. PUNTRIANO ROSAS, “La prueba de la relación de trabajo en el proceso laboral. A propósito de la vigente y nueva ley procesal del trabajo”, *Diálogo con la jurisprudencia*, Guía Práctica N° 3, (Noviembre 2010), p. 70).

Es por las consideraciones anteriores que concluimos que la observancia del principio de causalidad constituye una forma de prevenir el fraude a la ley a la vez que sirve como uno de los contenidos o puntos de partida de éste, pues frente a su omisión sería imposible denunciar la comisión del fraude. Por otro lado, de omitirse el principio de causalidad, las presunciones que se hagan en mérito a la primacía de la realidad por fraude a la ley podrían resultar absurdas o arbitrarias toda vez que sin existir un hecho que denunciar o que sirva de supuesto de hecho para el juicio de subsunción, la consecuencia jurídica que pueda resultar de ello: 1) De ser desfavorable para el trabajador, nos lleva a la injusticia; 2) De ser favorable al trabajador, resultaría arbitraria o abusiva respecto del empleador en materia procesal¹³⁶, lo cual nos llevaría a la nulidad de la acción jurisdiccional por vulneración al debido proceso, haciendo del funcionamiento de la maquinaria jurisdiccional algo insulso, lo que además de perjudicar la actividad procesal, en ambos casos hace del principio de primacía de la realidad una herramienta inútil al momento de preservar el orden público laboral.

En relación directa con la causa objetiva del contrato modal, es necesario que las partes determinen de antemano la duración del contrato, es decir, por cuánto tiempo va a producir sus efectos dado que nuestra sistemática jurídica ha establecido plazos máximos de duración a fin de evitar el fraude laboral y la inestabilidad en el empleo para el trabajador.

2.2.2. Sobre la formalidad escrita.-

Los artículos 72° y 73° del Decreto Supremo N° 003-97-TR establecen como requisito formal de validez de los contratos de trabajo modales: 1) Constar necesariamente por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral; 2) Presentar una copia de los contratos a la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince días naturales de su celebración, para efectos de su conocimiento y registro.

Centraremos nuestro análisis en la primera prescripción antes citada. En el acápite anterior habíamos expresado que el documento escrito permite al trabajador conocer la

¹³⁶ Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., pp. 203-204.

peculiaridad de su vínculo laboral con el fin de asegurar sus derechos constitucionales y evitar la arbitrariedad del empleador. La pregunta que nos hacemos es ¿dicho requisito de validez constituye una formalidad *ad probationem* o *ad solemnitatem*?

Inicialmente puede parecer una formalidad *ad solemnitatem*, y es que existe la errada idea de que toda forma prescrita por la ley es excluyentemente solemne, olvidando que las prescripciones legales también admiten la formalidad *ad probationem*¹³⁷. Extrapolando esa creencia a la formalidad prescrita por la norma antes citada, se considera que ésta es expresada “a través del principio *ad solemnitatem*, el mismo que la convierte en un elemento constitutivo del acto con eficacia legal”.¹³⁸ Sin embargo, reconociendo que en mérito a la legislación laboral el contrato de trabajo modal debe ser celebrado por escrito, consideramos que realmente éste requisito se trata de una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, por lo cual a continuación procederemos a desarrollar las objeciones a ésta última a partir de los caracteres que reviste.

- 1) Si como señalan diversos autores, la forma es solemne cuando expresamente la ley ha sancionado con nulidad su inobservancia por tratarse de un requisito constitutivo de existencia y validez del acto jurídico¹³⁹, la formalidad del contrato de trabajo modal no puede revestir tal característica porque:
 - Desde un fundamento netamente positivo, la norma laboral no ha sancionado en forma expresa su omisión con nulidad, y la voluntad de las partes no puede prevalecer sobre tal ausencia de sanción toda vez que este pacto, además de

¹³⁷ Cfr. F. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico...*, cit., pp. 152-153.

- Torres Vásquez afirma que la forma prescrita por la ley puede ser probatoria o solemne. (Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p. 308).

¹³⁸ M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., p. 69.

- En un sentido similar parece pronunciarse Gómez Valdez cuando afirma que por tratarse de contratos causales en todos los casos, su formalidad y condiciones de validez al ser instituidos legalmente, su omisión determina la pena de nulidad. (Cfr. F. GÓMEZ VALDEZ, *El contrato de trabajo. Parte general. Tomo II...*, cit., p. 55).

- Consideramos que la confusión entre las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem* obedecen a que, como señala De Buen Lozano, el concepto de nulidad y el de inexistencia requieren de una delimitación conceptual ya que la forma indiscriminada en que se utilizan también lleva a confusiones. Incluso, se deja de lado que el problema de la nulidad se vincula estrechamente al de “orden público”. (Cfr. N. DE BUEN LOZANO, *Derecho del trabajo. Tomo I...*, cit., p. 556).

¹³⁹ Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., pp. 308, 315; Cfr. L. TABOADA CÓRDOVA, *Nulidad del acto jurídico*, Grijley, Lima, 2002, 2ª ed., 1ª reimpr., pp. 118-119.

contravenir a la naturaleza del contrato, no puede determinar la nulidad de aquello sobre lo que la imperativa norma laboral no se ha pronunciado.

- En el contrato de trabajo, aun siendo modal, la esencia de éste viene determinada por la prestación efectiva de servicios, que en sí no obedece a ninguna formalidad, pues el principio de primacía de la realidad, incluso retroactivamente, se encarga de recogerla y hacerla prevalecer por encima de todo pacto, de lo que resulta la desnaturalización del contrato de trabajo modal en uno a plazo indeterminado.
- En consecuencia, la declaración de nulidad que se haga no puede recaer sobre el contrato de trabajo, pues no se ha omitido un requisito o elemento esencial, sino que recae sobre el plazo fijado, que como elemento accidental del acto, no determina su esencia. Y si la declaración de nulidad recayera sobre el contrato de trabajo por tal omisión luego resultaría contradictorio que por la aplicación del principio de primacía de la realidad se declare la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado reconociendo o considerando los periodos anteriores a dicha declaración de nulidad.¹⁴⁰

- 2) Si la imposición de la formalidad *ad solemnitatem*, como requisito de existencia del acto, obedece a que la ley para conservar el orden público necesita asegurar que respecto de determinados actos jurídicos las partes contractuales han evaluado y meditado la decisión que están tomando –pues en algunos actos dispositivos con gran trascendencia patrimonial o familiar, la voluntad humana obedece a impulsividades momentáneas que les han impedido valorar los alcances de los actos que están celebrando–, por lo cual se

¹⁴⁰ Por ese motivo consideramos que la afirmación hecha por Gómez Valdez es errada cuando expresa que “la formalidad y condiciones para su validez están estatuidas legalmente, por eso son contratos formales por antonomasia, bajo sanción de nulidad que se manifiesta dotando de duración indeterminada la naturaleza de estos contratos”. (F. GÓMEZ VALDEZ, *El contrato de trabajo. Parte general. Tomo II...*, cit., p. 55).

- Si bien es cierto antes habíamos señalado que los términos nulidad e inexistencia se emplean en forma indiscriminada, empleando la acepción de “nulidad” en forma amplia, cabe citar lo expresado por Pasco Cosmópolis: “El fraude a la ley nulifica el plazo, mas no el contrato; consecuentemente, queda transformado en uno de duración indeterminada, con todo lo que ello signifique en términos de estabilidad laboral absoluta o relativa, según el régimen legal común.” (M. PASCO COSMÓPOLIS, “Los contratos temporales...”, cit., p. 507). En consecuencia, sólo en ese sentido cabría utilizar el término nulidad, pues no se incide en los elementos esenciales sino en los elementos accidentales del contrato de trabajo.

- Como señala De los Heros, “una muestra palpable de la dureza del contrato de trabajo, es la posibilidad de que este sobreviva aun cuando contenga cláusulas nulas”. (A. DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, “Los contratos de trabajo...”, cit., p. 200).

impone una determinada fisonomía a ésta como requisito de validez¹⁴¹; la formalidad estipulada por la norma laboral no puede ser solemne porque:

- En el contrato de trabajo, sea a plazo indeterminado o modal, la voluntad se expresa a través de la conducta de las partes concretada en la prestación efectiva de servicios, subordinada y remunerada, y la ausencia de dicha prestación implica la ausencia de voluntad y la inexistencia del contrato de trabajo.
- Si la misma prestación de servicios de por sí da origen y validez al contrato –al surgir éste de los mismos hechos–, el contrato a la vez no puede resultar siendo nulo por el incumplimiento de una formalidad legal o convencional.
- En consecuencia, la forma solemne que imponga la ley o pacten las partes como prueba de la manifestación de voluntad en la celebración del contrato resulta innecesaria e inútil frente a esta última, por lo cual no puede constituir un requisito de validez cuya omisión determine la nulidad, lo que nos lleva a concluir que no se trata de una forma solemne.

Los argumentos que acabamos de exponer nos demuestran que la formalidad requerida por la ley no es una de carácter solemne, por lo cual, por descarte podríamos deducir que se trata de una forma probatoria, sin embargo, procederemos a desarrollar los argumentos por los cuales sí consideramos que reviste ésta última característica:

- 1) Si mediante la forma solemne o probatoria la ley objetiva la voluntad, siendo que en el caso de la última, la ley no sanciona con nulidad su inobservancia, lo que determina que aunque se hubiera empleado otra forma el contrato sigue siendo válido pues ésta no constituye un requisito de existencia del acto y sirve sólo para demostrar su existencia, contenido y alcance¹⁴², la formalidad del contrato de trabajo modal reviste tal característica porque:

¹⁴¹ Cfr. F. MOREYRA GARCÍA SAYÁN, *El acto jurídico según el Código Civil...*, cit., p. 141.

¹⁴² Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., pp. 307-308, 313.

- La norma laboral establece que en toda prestación personal de servicios subordinada y remunerada, se presume, salvo prueba en contrato, la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, lo cual hace énfasis en los elementos esenciales del acto.
 - En cuanto a la celebración de los contratos modales por escrito: la duración (plazo fijo) constituye un elemento accidental del contrato de trabajo, mientras que las causas objetivas determinantes de la contratación sólo justifican dicho elemento – frente a la regla general expuesta en el fundamento anterior, concretándose en la existencia de una condición resolutoria como elemento accidental–, y las demás condiciones de la relación laboral constituyen un elemento natural del contrato, lo que nos lleva a concluir que éstas especificaciones sólo delimitan el contenido y alcance del contrato de trabajo pero no su validez.
 - A consecuencia de los argumentos anteriores, y aunque se requiere que el contrato modal sea celebrado por escrito, la omisión de ésta forma no determina su nulidad, toda vez que por la misma prestación efectiva de servicios éste existe y sigue siendo válido, lo que se hace más plausible en los casos de desnaturalización a un contrato a plazo indeterminado, en el que se reconoce la presencia de los elementos esenciales del contrato y la invalidez del elemento accidental del plazo¹⁴³.
- 2) Si hay actos jurídicos para los cuales la forma ha sido fijada por la ley solo para los fines de prueba, siendo que aun con su omisión el acto sigue siendo válido y puede acreditarse mediante otros medios probatorios, por lo cual la forma impuesta puede constituir una prueba que desplace a cualquier otra en caso de duda o discrepancia¹⁴⁴, con los matices correspondientes que a continuación expondremos, la formalidad del contrato de trabajo modal es probatoria porque:

¹⁴³ Al respecto, Pasco Cosmópolis señala que respecto de las formalidades y sanciones: “Los contratos temporales deben celebrarse por escrito; es exigible la verificación posterior de la causa que los justifica y del plazo a que se sujetan, el cual normalmente no puede ser probado por medio distinto, presumiéndose *juris et de jure* que si no hay documento escrito, el contrato es necesariamente por tiempo indefinido.” (M. PASCO COSMÓPOLIS, “Los contratos temporales...”, cit., p. 507).

¹⁴⁴ Cfr. F. MOREYRA GARCÍA SAYÁN, *El acto jurídico según el Código Civil...*, cit., p. 141.

- Frente a la presunción del plazo indeterminado expuesta en el argumento anterior, ésta es susceptible de ser desarticulada por la forma escrita, aunque sin cuestionar la esencia del contrato porque ésta corresponde al orden público laboral, limitándose a poner en tela de juicio la validez del plazo.
- Asimismo, la forma escrita permite al empleador invocar el plazo estipulado en la conclusión del contrato, y al trabajador invocar el plazo máximo para la indemnización frente al despido arbitrario por el tiempo dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato o –presentando un mejor medio probatorio– invocar la existencia de fraude a la ley o la desnaturalización del contrato modal.
- En suma, como la formalidad impuesta por la ley puede desplazar la presunción del plazo indeterminado y es susceptible de ser desplazada por el trabajador sin que el contrato sea declarado nulo o deje de ser válido, sólo podemos concluir que se trata de una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*¹⁴⁵.

Los argumentos que acabamos de exponer nos demuestran que la formalidad requerida por la ley es de carácter probatorio. Sin embargo, en esa línea, consideramos pertinente hacer algunas atenciones.

Si bien es cierto nos encontramos realmente ante una formalidad *ad probationem*, consideramos que ésta viene especialmente impuesta para el empleador pues en mérito a la desigualdad jurídica y económica típica de la relación laboral éste goza de una posición de ventaja y tiene el dominio de la relación laboral, lo que se manifiesta además en una mayor posibilidad probatoria. En ese sentido, en el caso del trabajador, la formalidad probatoria obedece a la necesidad de proteger a la parte más débil, por lo cual, sin incidir en la

¹⁴⁵ Como señala Vidal Ramírez, la forma *probationis causa* o *ad probationem* no es esencial para la prueba de existencia del contrato, y permite prueba supletoria para su demostración. (Cfr. F. VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico...*, cit., p. 153).

- Krotoschin afirma que cuando la ley o convención colectiva prescriben la forma escrita u otra formalidad, ésta por lo general no constituye sino un medio de prueba. Por otro lado, el hecho de que por regla general se prescinda de la forma no dificulta la prueba de los contratos en los casos en que tampoco se hubieran cumplido las disposiciones mencionadas o que no estuvieran comprendidos en ellas. En principio, el contrato de trabajo se prueba por todos los medios comunes. (E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I...*, cit., p. 190).

- Plá Rodríguez aclara que, estrictamente, no hay en nuestro derecho un requisito de solemnidad. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., p. 227).

manifestación de voluntad –que se constata en la misma prestación de trabajo–, la ley busca garantizar que éste preste su consentimiento con pleno conocimiento de causa sobre las consecuencias del acto que quiere realizar para darle certeza y facilitar la prueba de su existencia, interpretación y ejecución, evitando de esa forma que el prestador de servicios sea víctima del fraude laboral¹⁴⁶. Por ese motivo, recordando que las partes no se encuentran en un mismo pie de igualdad, al empleador –frente a la variedad de facultades propias de su posición contractual– han de imponérsele mayores formalidades y responsabilidades para que no ejercite en forma disimulada el despido arbitrario, asegurando de esa forma el respeto de la justicia social, no así en el caso del trabajador, que frente a sus limitaciones se le imponen menos deberes o casi ninguno. Sino, cabe preguntar ¿cuál de las partes tiene la obligación de entregar el contrato sujeto a modalidad a la Autoridad Administrativa de Trabajo para su conocimiento y registro?¹⁴⁷

Por otro lado, tratándose de una formalidad probatoria cuya observancia está principalmente dirigida al empleador y busca dejar constancia de la justificación de la temporalidad –finalidad económico-social perseguida por las partes–, que debiera ser verificada antes de la celebración del contrato, nada obstaría para que en caso de una omisión del empleador, excluyentemente el trabajador pueda alegar la existencia de una causa tácita de acuerdo a las conductas seguidas por las partes a lo largo de la relación contractual¹⁴⁸, pues la

¹⁴⁶ Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., pp. 309.

¹⁴⁷ Ésta aseveración puede entenderse en una mejor forma desde la perspectiva de teoría de la carga dinámica de la prueba, la cual postula el traslado del deber de probar a aquel litigante que se encuentra en mejor posición para hacerlo con el objeto de hallar la verdad. (Cfr. J. DIOGUARDI, *Teoría general del proceso*, Editorial Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 2010, 1ª ed., pp. 304-305). En ese sentido, cuando el trabajador alega el fraude a la ley o la desnaturalización del contrato modal y se traslada la carga de la prueba al empleador –debido a que éste se encuentra en una mejor posición para demostrar la temporalidad del servicio contratado–, se parte del supuesto por el cual era dicho sujeto quien al contar con mayores facultades contaba también con mayores deberes, en éste caso, celebrar el contrato por escrito y triplicado para luego entregar una copia de éste a la Autoridad Administrativa de Trabajo. Bajo ese supuesto, a consecuencia del cumplimiento de los deberes legales puede explicarse que en estos casos el empleador tenga una mejor posibilidad probatoria frente a la alegación del trabajador y que por ello se le traslade la carga de la prueba. Asimismo, se explica que frente a la falta de demostración de la temporalidad, recaiga en el empleador la consecuencia procesal negativa.

¹⁴⁸ Cabe citar aquí a Gómez Valdez, que señala lo siguiente: “Puede darse el caso que la justificación sea tácita: Es el caso del contratado para laborar en los balnearios durante los meses de verano, o los que dan clases de *ski* durante la temporada invernal, tacitud que se da en la justificación de estos contratos porque el trabajador durante prolongados períodos realiza en estas estaciones del año idénticas labores, produciendo por este acto lo que se conoce como “relaciones laborales en cadena”. Así, vista la justificación tácita de estos contratos, convenimos que es un tanto la relación causal de trabajo y de la actividad de la empresa lo que determinará una suerte de justificación apriorística del mismo y también por los plazos, grosso modo, establecidos por las partes en función del principio de razonabilidad”. (F. GÓMEZ VALDEZ, *El contrato de trabajo. Parte general. Tomo II...*, cit., p. 89).

- De los Heros señala que si bien es cierto el contrato de duración debe ser necesariamente escrito, es posible que la temporalidad se desprenda de la naturaleza de la obra o servicio, como podría ser el caso del trabajo en una obra civil o los servicios prestados en una feria. (Cfr. A. DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, “Los contratos de trabajo...”, cit., p.198).

formalidad escrita deja constancia de la causa pero no la determina ya que ésta subsiste en la misma realidad.

En consecuencia, dado que la formalidad escrita de los contratos modales guarda relación con la existencia de causas objetivas, pues como requisito dirigido al empleador permite dejar constancia de su existencia a fin de evitar el fraude, ello no obsta para que dicha causa o justificación, aun con la ausencia de formalidad escrita, pueda ser tácita al desprenderse de los hechos y conductas seguidas por las partes, y en aplicación de la primacía de la realidad pueda ser convalidada como elemento del contrato modal, alegación que sólo correspondería al trabajador.

Por lo tanto, un contrato de locación de servicios, subsanadas las objeciones antes advertidas y en cumplimiento de la finalidad mediata de la primacía de la realidad, sí puede desnaturalizarse en un contrato de trabajo modal.

3. La finalidad mediata del principio de primacía de la realidad

En los apartados anteriores habíamos señalado que el cumplimiento de la finalidad inmediata de la primacía de la realidad es el reconocimiento de la relación laboral a partir de un minucioso análisis de los hechos vinculados a la relación laboral que se examina. Sin embargo, la aplicación de éste principio estaría incompleta si solo nos limitamos a reconocer dicha relación y dejamos de lado que tal reconocimiento también debe tutelar la dignidad del trabajador. Es decir, la aplicación de este principio no puede convalidar el fraude y constituirse como un mecanismo de lesión a la dignidad de la persona —que se hace presente en la relación laboral a través de los rasgos ontológicos que se derivan de la naturaleza humana—.

En el capítulo anterior habíamos expresado que la finalidad inmediata del principio de primacía de la realidad es el reconocimiento de la existencia del verdadero contrato de trabajo y que en consecuencia se apliquen las normas del Derecho Laboral. En ese orden, la aplicación de las referidas normas obedece a que, como desarrollaremos más adelante, la prestación de servicios se encuentra inexorablemente unida a la persona del trabajador, comprometiendo la integridad humana, la cual exige una mayor tutela a diferencia de las otras ramas del Derecho.

En consecuencia, si con la invocación de la primacía de la realidad inicialmente se busca el reconocimiento de la relación laboral para que sean aplicables las normas del Derecho del Trabajo –finalidad inmediata–, las cuales tutelan la dignidad del trabajador –lo que también nos remite al principio protector–, sólo es posible concluir que la primacía de la realidad, como finalidad mediata, busca tutelar la dignidad del trabajador en el seno de las relaciones jurídicas¹⁴⁹. Por ese motivo, en los siguientes puntos desarrollaremos cómo es que la dignidad humana se hace presente en la relación laboral y su relación con el principio de primacía de la realidad.

3.1. Breves nociones sobre dignidad humana.-

En la actualidad son numerosas las veces en que se ha recurrido al argumento de la dignidad humana como fundamento y base de todos los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales así como también han sido numerosas las discusiones surgidas en torno a este tema, lo cual resultó en numerosos conceptos y definiciones de la misma. Aunque no es propósito de la presente investigación ahondar en la mencionada discusión, consideramos pertinente revisar el tema debido a la trascendencia que tiene para el Derecho Laboral¹⁵⁰ entender qué dignidad es aquella que busca proteger el principio de primacía de la realidad¹⁵¹,

¹⁴⁹ Garmendia Arigón, en forma similar, incide en la protección de aquellos valores immanentes a la condición humana, pues al poseer vida propia, han de alcanzar operatividad jurídica inmediata y una calidad trascendente respecto del Derecho Positivo, que debe adecuarse y contemplar debidamente la tutela de dichos valores. (Cfr. M. GARMENDIA ARIGÓN, “Valores y principios...”, cit., p. 55).

¹⁵⁰ Como hemos aclarado, no se busca ahondar en las discusiones existentes sobre los conceptos y definiciones de dignidad humana, sin embargo recomendamos examinar los siguientes trabajos: A. GONZÁLES, “*La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. Concepciones de la dignidad*”, en J. BALLESTEROS Y A. APARISI MIRALLES (eds.), *Biotechnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Eunsa, Pamplona, 2004, pp. 17- 41. Disponible en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17054/1/Dignidad.concepciones.pdf> (Último acceso: 12-05-2016); J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Editorial Palestra, Lima, 2012, 1ª ed.; J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *Persona humana y Derecho. Un diálogo con la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Editorial Porrúa, México, 2014.; L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007; R. SANTA MARÍA D’ ANGELO, *Dignidad Humana y “Nuevos Derechos*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Editorial Palestra, Perú, 2012.

¹⁵¹ Para Santa María D’ Angelo, un problema actual es la dificultad que ofrece referirse a la dignidad humana, pues debido a la crisis de los valores el hombre no reconoce su dignidad personal y tampoco respeta la dignidad de los demás. (Cfr. R. SANTA MARÍA D’ ANGELO, “Bases antropológicas para una fundamentación de los derechos humanos”, *IUS Revista de Investigación Jurídica. Volumen I*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, (Enero 2011), Núm. 1, p. 8).

- Como señala Spaemann: “lo que la palabra “dignidad” quiere decir es difícil de comprender conceptualmente porque indica una cualidad indefinible y simple. Su comprensión intuitiva sólo puede ser facilitada por medio de ejemplos o paráfrasis”. (R. SPAEMANN, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en C.I. MASSINI Y P. SERNA (eds.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998, p. 85).

toda vez que corremos el riesgo de reducir a la dignidad –en palabras de Dworkin– a una idea vaga pero poderosa.¹⁵²

Al existir en la dignidad un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos, de un adecuado soporte direccional¹⁵³ bien hizo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano en retomar la importancia de la dignidad y sus efectos como *minimum* invulnerable y fundamento esencial de los derechos humanos o fundamentales¹⁵⁴ por tratarse de una realidad anterior a la misma Constitución y cuya fuerza lleva a su reconocimiento por parte de los Poderes Públicos¹⁵⁵, denotándose además una influencia kantiana cuando ésta cita la máxima “nunca trates a los demás como meros medios sino como fines en ellos mismos, toda vez que la dignidad, como valor absoluto que posee la persona por ser fin, prohíbe categóricamente la instrumentalización de la persona como medio”¹⁵⁶. Sin embargo, consideramos que una visión metafísica de la dignidad puede resultar un mejor criterio orientador para los fundamentos del Derecho Laboral, por lo cual, para

- Bernal Pulido anota que la concepción de la persona dependerá de las presuposiciones que hagan tanto la concepción del Estado social, como la concepción liberalista o la concepción del principio democrático, de lo que resultará un diferente prototipo. (C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 355).

- Sobre los problemas que ofrece el concepto “dignidad”: J. AGUIRRE ROMÁN Y V. BOHÓRQUEZ MONSALVE, “Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *SUR: Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°11, (Diciembre 2009), pp. 41-63. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf> (Último acceso: 12-05-2016).

¹⁵² R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 2010, 1ª ed., 8ª reimpr., p. 295.

¹⁵³ STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, del 20 de abril de 2006, F.J. 6.

¹⁵⁴ A manera de ejemplo cabe citar las siguientes sentencias: STC N° 03668-2009-PA/TC; STC N° 00925-2009-PHC/TC; STC N° 5003-2009-PHC/TC; STC N° 2313-2009-HC/TC; STC N° 02005-2009-PA/TC; STC N° 01817-2009-PHC/TC; STC N° 02882-2008-PA/TC; STC N° 0001-2008-PI/TC; STC N° 0017-2008-PI/TC; STC N° 3610-2008-PA/TC; STC N° 3343-2007-PA/TC; STC N° 0926-2007-PA/TC; STC N° 6534-2006-PA/TC; STC N° 5637-2006-PA/TC; STC N° 007-2006-PI/TC; STC N° 4635-2004-AA/TC; STC N° 2868-2004-AA/TC; STC N° 0044-2004-AI/TC; STC N° 2273-2005-PHC/TC; STC N° 10422-2006-PA/TC; STC N° 2480-2008-PA/TC.

- El referido órgano incluso afirma que la dignidad no es un atributo concedido por las normas sino el principio y fundamento de todo el orden jurídico: STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, del 20 de abril de 2004, F.J. 17.; STC Exp. N° 2016-2004-AA/TC, del 05 de octubre de 2004, F.J. 16.; STC Exp. N° 0042-2004-AI/TC, del 13 de abril de 2005, F.J. 2.; STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, STC Exp. N° 0051-2004-AI/TC, STC Exp. N° 0004-2005-PI/TC, STC Exp. N° 0007-2005-PI/TC y STC Exp. N° 0009-2005-PI/TC, del 03 de junio de 2005, F.J. 46.

¹⁵⁵ Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 157.

- Giorlandini afirma que la dignidad humana constituye una fuente de Derecho. (Cfr. E. GIORLANDINI, “Reflexiones sobre trabajo...”, cit., pp. 124 y ss.).

- Una perspectiva similar: A. OJEDA AVILÉS Y M. IGARTUA MIRÓ, “La dignidad del trabajador en la doctrina del tribunal constitucional. Algunos apuntes”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. 73, (Mayo 2008), pp. 147-169.

¹⁵⁶ I. KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza editorial, Madrid, 2012, 2ª ed., pp. 139, 142, [A 67], <Ak. IV, 431> [A 70]; I. KANT, *La metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005, 4ª ed., pp. 335-336; Cfr. R. SANTA MARÍA D’ ANGELO, *Dignidad Humana...*, cit., p. 85; Cfr. R. SPAEMANN, “Sobre el concepto de dignidad...”, cit., p. 93.

entender qué es la dignidad humana es necesario preguntarnos qué es la persona¹⁵⁷. Partiendo de la definición boeciana –que a su vez es la más antigua y universalmente aceptada de persona en sentido ontológico–, la persona es una sustancia individual de naturaleza racional¹⁵⁸.

Esta definición nos permite concluir que la dignidad humana es la eminencia o excelencia del ser humano en mérito a su intensa participación en el más alto grado de ser. Dicha excelencia radica en la naturaleza racional o espiritual del hombre, la cual marca la diferencia esencial con el resto de los demás seres y a su vez importa un merecimiento y comportamiento adecuado a su estatuto ontológico.¹⁵⁹ Asimismo, se constituye como una condición común y predicable de todos los seres humanos, y conforme a la cual cada uno orienta su libertad a través de sus relaciones, fines o bienes fundamentales¹⁶⁰, por lo cual ha de ser reconocido por todo el ordenamiento jurídico¹⁶¹.

3.2. La tutela de la dignidad humana a partir de los ontológicos de la persona presentes en la relación laboral.-

Después de concluir que la dignidad humana constituye el fundamento de todo derecho humano por tratarse de la excelencia del ser, y por ello de respeto incondicional, nos preguntamos cómo es que la dignidad humana se hace presente en el trabajo como actividad

¹⁵⁷ Una fundamentación metafísica del Derecho Laboral nos permite prevenir las conclusiones discriminatorias –con amplias repercusiones en las relaciones laborales– de los reduccionismos de la dignidad humana a la sola autonomía y a la idea de un *minimum* invulnerable, pues éstas involucran, además de aceptar una sesgada idea gradual o funcional de dignidad por la cual unos seres humanos serían más dignos que otros, la imposibilidad de conocer el sustento y razón de tal invulnerabilidad. (Cfr. STC 53/1985 FJ. 8.; Cfr. STC 120/1990 FJ. 4.; Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., pp. 128-130, 304).

- Posturas similares: R. SPAEMANN, “Sobre el concepto de dignidad...”, cit., p. 95.; J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento...*, cit., pp. 98-99.; R. SANTA MARÍA D’ ANGELO, *Dignidad Humana...*, cit., p. 83.; A. OJEDA AVILÉS Y M. IGARTUA MIRÓ, “La dignidad del trabajador...”, cit., pp. 147-169.; F. TOLLER, “Metodologías para tomar...”, cit., pp. 179-180.

¹⁵⁸ J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 2008, 4ª ed. pp. 431 y ss. Añade el autor que dentro de la definición boeciana, naturaleza racional equivale a espiritual, por lo cual, al afirmar que el hombre es persona estamos afirmando que además de su dimensión material-corpórea posee una dimensión espiritual, que es lo que le proporciona el conocimiento racional o intelectual.

¹⁵⁹ J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 452-453.

- Pacheco Zerga la define como “el grado de preeminencia del hombre debido a que su ser es particularmente elevado o intenso, diferente cualitativamente del de los demás seres y que se manifiesta en su actuar libre impregnado de racionalidad”. (L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 304).

¹⁶⁰ Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento...*, cit., pp. 102-103. Posturas similares: C. MASSINI, “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en C.I. MASSINI Y P. SERNA (eds.), *El derecho a la vida...*, cit., pp. 189-191.; L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., pp. 305-306.; R. SANTA MARÍA D’ ANGELO, *Dignidad Humana...*, cit., p. 83.

¹⁶¹ L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 157. Asimismo, la autora expresa que la dignidad, derivada de la condición humana –de allí su carácter unitario e indivisible–, constituye una cualidad inherente a todo individuo de la especie humana.

regulada por el Derecho y cómo se relaciona con la primacía de la realidad. Inicialmente podemos partir de la precisión hecha por el Tribunal Constitucional en el sentido que “el trabajo implica por naturaleza dos notas: 1) Que sea personal, en cuanto la energía que opera es inherente a la persona y propia en absoluto del que la ejerce y para cuya utilidad le ha sido dada, y 2) Que sea necesario, por cuanto el fruto de su trabajo le es necesario al hombre para la defensa de su vida, defensa a que le obliga la naturaleza misma de las cosas, a que hay que plegarse por encima de todo”.¹⁶² Sin embargo, éstas notas características nos remiten a la naturaleza racional del hombre, la cual podemos comprender con mayor profundidad si partimos de aquello que Hervada Xiberta denomina como rasgos ontológicos, derivados de la naturaleza humana, entre los que se consideran la racionalidad, la incomunicabilidad, la comunicación, la socialidad, la libertad, la finalidad y la debitud¹⁶³. Y aunque todos estos rasgos se relacionan de diversas formas entre sí y con la actividad del trabajo, con motivo de nuestra hipótesis nos centraremos en cuatro de ellos: la racionalidad, la incomunicabilidad, la socialidad y la juridicidad, en tanto rasgos tutelados por el Derecho del Trabajo mediante el principio de primacía de la realidad.

3.2.1. La racionalidad.-

De la definición boeciana de persona tenemos que el hombre además de su dimensión material-corpórea posee una inseparable dimensión espiritual que, como principio de unidad, le proporciona el conocimiento racional o intelectual, siendo ésta resultante dimensión integral la que lo hace distinto de los demás seres –como unidad psicosomática– y por la cual se le aplica el nombre de persona, pues se trata de un ser libre, autónomo, capaz de dominar su propio ser y

¹⁶² STC Exp. N° 0008-2005 PI/TC, del 12 de agosto de 2005, F.J. 18. Cabe mencionar que el referido colegiado en dicho fundamento realmente cita la encíclica *Rerum novarum* de LEÓN XIII (Cfr. S.S. LEÓN XIII, Carta Encíclica *Rerum novarum: Sobre la situación de los obreros*, 15 de mayo de 1891, Núm. 32) y *Laborem exercens* de JUAN PABLO II. (Cfr. S.S. JUAN PABLO II, *Laborem exercens*, 14 de septiembre de 1981, Núm.9).

- Cfr. A. OJEDA AVILÉS Y M. IGARTUA MIRÓ, “La dignidad del trabajador...”, cit., pp. 147-169.

¹⁶³ Cfr. J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 423-470.; Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *Persona humana y Derecho...*, cit., pp. 8-21.

al conjunto de fuerzas, instintos, inclinaciones, capacidades y potencias¹⁶⁴, lo cual le permite apropiarse de los bienes que necesita para realizarse de acuerdo a su naturaleza¹⁶⁵.

Como señala Hoyos, dicha facultad apropiadora y transformadora de los bienes se origina en el cuerpo de la persona humana, que obedeciendo a su estructura ontológica o dignidad, está constituido para “tener”, es decir, para “habitar”. Por ello el hombre tiene cosas y puede disponer de ellas, generando relaciones de sentido entre estas. Asimismo, tal “haber” no se reduce al ámbito físico sino que también se da en un ámbito cognoscitivo y como hábito, modo más perfecto de tener porque perfecciona a la persona misma¹⁶⁶.

En ese orden, el trabajo, como exigencia natural y coexistencial al hombre, en tanto esfuerzo humano, material o intelectual, es manifestación de dicho “haber natural”, pues en mérito a este, en su sentido más amplio, el hombre plasma su capacidad creadora, transforma las cosas y les confiere el valor del que antes carecían¹⁶⁷, satisfaciendo de esa forma sus

¹⁶⁴ Cfr. J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 437-439.

- Hoyos afirma que la dignidad ontológica se caracteriza con la nota de subsistencia por el hecho de subsistir en una naturaleza que de suyo dice perfección. De la nota de subsistencia se resaltan dos aspectos. Uno, negativo con el que se expresa que el ser subsistente es enteramente libre y no depende ni es esclavo de otro. Otro, positivo, con el que se expresa que la persona es un ser que se autodetermina, autoposee, autogobierna, siendo señora o dueña de sí (dominio ontológico) y de sus actos (dominio moral). (Cfr. I.M. HOYOS, *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*, Editorial Temis, Bogotá, 2005, pp. 169-170).

- Para Castillo Dávila “la libertad se entiende en un doble aspecto: Libres de las ataduras y amenazas de la naturaleza, y libres para actualizar nuestras posibilidades, sin embargo, no todo está al alcance de todos”. (M. CASTILLO DÁVILA, “Filosofía del trabajo”, en J. RENDÓN VÁSQUEZ *et alii*, *¿Quo vadis jus?: estudios jurídicos en homenaje al profesor Carlos La Hoz Tirado*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, p. 41).

¹⁶⁵ Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento...*, cit., p. 104.

- Al respecto, Hervada Xiberta afirma que la ley natural no sólo no es un limitante de la libertad sino que es una dimensión suya. Por esa razón, si la libertad es dimensión de un ser, la única libertad posible y real es aquella que es expresión del dinamismo del ser. En ese orden, la expresión del dinamismo del ser implica dos cosas: 1) que se trata de un ser que posee y domina el propio ser, 2) que el obrar es expresión del ser ya que este obra según su ontología. Por esas razones la libertad posible y real del hombre constituye una expresión de la naturaleza humana. (Cfr. J. HERVADA XIBERTA, *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 2011, 11ª ed., pp. 163-164).

¹⁶⁶ Cfr. I.M. HOYOS, *De la dignidad...*, cit., pp. 208-212. Asimismo, la autora expresa que en ese orden, el haber natural con el que cuenta la persona, se encuentra integrado por los bienes que forman el ser del hombre, sus potencias y tendencias, las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales y los bienes que son objeto de esas operaciones (p. 170).

- Cfr. J. HERVADA XIBERTA, *Introducción crítica...*, cit., p. 95.

¹⁶⁷ Cfr. M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 46. El autor afirma además que el trabajo supone actividad dirigida a la transformación de las cosas externas al hombre.

- Hoyos Castañeda señala que sólo el hombre, como ser subsistente, es capaz de apropiarse de las cosas en un nivel corpóreo-práctico, immanente y trascendente para continuar perfeccionándose, a diferencia de los demás seres vivos. (Cfr. I.M. HOYOS, *De la dignidad...*, cit., pp. 208-212).

- En ese sentido, Juan Pablo II nos habla de una dimensión objetiva del trabajo, que se encuentra referida al dominio del hombre sobre la tierra, y a una dimensión subjetiva, referida a su capacidad de obrar de manera programada y racional, de decidir acerca de sí y que tiende a realizarse a sí mismo. (Cfr. S.S. JUAN PABLO II, *Laborem exercens*, Núm.5-6);

necesidades¹⁶⁸, lo cual nos lleva a concluir que el trabajo, como manifestación de la dignidad humana¹⁶⁹, es una actividad digna en sí misma¹⁷⁰.

A consecuencia de lo anterior, basados en el dato ontológico-metafísico de las potencias físicas y espirituales del hombre, la dignidad humana se concreta en el ámbito del derecho como la “fuerza de trabajo”, con la cual éste ha nacido y es capaz de regular jurídicamente, darle un valor económico –sin reducirse a una mercancía¹⁷¹– e incluso ofrecerla en beneficio de otro, pero sin dejar de lado su carácter personal dada la imposibilidad de separar al trabajo del trabajador¹⁷². Por tales motivos, con la aplicación del principio de primacía de la realidad se tutela la integridad humana, en el sentido que en la relación jurídica que se examina se reconoce a la persona como sujeto del contrato de trabajo, pues sólo él es capaz de ser sujeto de derechos y prestar sus servicios en forma personal a partir de la aplicación de sus potencias físicas y espirituales, excluyendo de esa forma a los animales y a las cosas¹⁷³. En ese orden, de la primacía de la realidad –que conlleva una interpretación de los hechos y la consecuente aplicación de las normas jurídicas– no pueden derivarse resultados lesivos a nivel contractual que –vulnerando la

¹⁶⁸ M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 45.

- Citando la frase bíblica del Génesis, “te ganarás el pan con el sudor de tu frente”, Blancas Bustamante expresa que el hombre consigue los medios para su subsistencia a través del trabajo. (C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 71).

¹⁶⁹ Cfr. I.M. HOYOS, *De la dignidad...*, cit., p. 173. Aunque la autora aclara que la dignidad no depende únicamente del obrar del hombre sino que se funda primariamente, en su ser.

¹⁷⁰ Pacheco Zerga especifica que “el trabajo protegido por el Derecho del Trabajo es aquel realizado con respeto a la dignidad humana...Trabajador y trabajo tienen en el Derecho del Trabajo una carga inalienable de dignidad y libertad”. (L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 193). Sobre la actividad del trabajo: M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., p. 35.

¹⁷¹ Alonso García acota que “la valoración económica no desvirtúa el aspecto humano que nace de su condición de actividad personal. El trabajo supone actividad dirigida a la transformación de las cosas externas al hombre”. (M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 46).

¹⁷² En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional Peruano señala que “al trabajo puede definirse como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc.” (STC Exp. N° 0008-2005 PI/TC, del 12 de agosto de 2005, F.J. 18); Cfr. M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho...*, cit., p. 110.

¹⁷³ Como señaló Alonso Olea, dicha prestación cobra el carácter de personalísima entre otras cosas, porque el trabajador a través del contrato compromete su propia persona, en cuanto que destina parte de las energías físicas y mentales que al emanar de la misma, son indisolubles de su personalidad. (Cfr. M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho...*, cit., p. 136).

- Krotoschin señala que el principio protector “se intensifica y amplía en la medida en que el trabajador, satisfechos sus primeros anhelos de protección, de orden fisiológico y económico, avanza en el camino de la integración, pues entonces aumenta cada vez más su consideración como hombre, como persona humana, y se le protege en su personalidad: la protección abarca facetas psicológicas, de satisfacción en el trabajo y de desarrollo de la persona”. (E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I...*, cit., p. 12).

dignidad del trabajador– acaben reforzando el fraude del empleador u obliguen al trabajador a soportar tales conductas lesivas¹⁷⁴.

3.2.2. La incomunicabilidad.-

A raíz de la racionalidad o espiritualidad, el grado de individuación de la persona es tan fuerte que, como unidad de cuerpo y espíritu, la hace incomunicable, es decir tan enteramente otra respecto de los demás seres que no se hace común con ellos ni puede considerarse sólo como parte de un todo. En ese orden, la incomunicabilidad constituye un rasgo ontológico propio de los seres espirituales y en virtud de la cual no se puede hablar de individuos sino de personas, siendo que cada una de ellas en mérito a dicha cualidad espiritual es un ser único, irrepetible, irremplazable, valioso en sí mismo y que no es común a la especie humana como el resto de seres existentes; y a la vez tan persona como los demás a quienes reconoce relacionamente como necesarios para su realización y como esencialmente iguales¹⁷⁵.

Dicho rasgo ontológico adquiere relevancia para el Derecho Laboral en dos sentidos:

- Porque cada trabajador, por ser persona humana, es un individuo valioso en sí mismo y diferente de los demás, lo que resulta en que también difieran las prestaciones de cada uno en cuanto éstas constituyen la emanación de cada personalidad singular¹⁷⁶. Por ese motivo es injusta la reducción del trabajador a la condición de una mercancía integrante de los medios de producción como si se tratara de un animal o una máquina¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Al respecto, Vigo advierte que resulta irracional la independización del medio empleado y el fin procurado, sea porque la conducta regulada no protege ni refuerza un cierto principio que se invoca como fin, o porque el medio empleado implica la contradicción injustificada a dicho principio en sí mismo. Asimismo, afirma que una decisión “equitativa” que ignore las otras dimensiones de la justicia general o justicia del bien común puede terminar siendo inoperante y perjudicial, incluso para el mismo beneficiario particular. (Cfr. R.L. VIGO, *Los principios jurídicos....*cit., pp. 195, 199-200). Por ese motivo es que no puede afirmarse que en todo momento resulte más digno indemnizar al trabajador u ordenar su reposición frente al despido arbitrario. En tal sentido, la idoneidad de estos remedios se deberá evaluar de acuerdo al caso en concreto y no a una ponderación en abstracto.

¹⁷⁵ Cfr. J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 440-444. El autor aclara que el término “individuo” en sentido estricto, se aplica con propiedad a los seres materiales, pues es la materia la que, en virtud del principio de individuación, se constituye en seres distintos.

- Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento...*, cit., p. 105.

¹⁷⁶ Cfr. M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho...*, cit., p. 136.

¹⁷⁷ Cfr. R. CALDERA, *Derecho del Trabajo...*, cit., p 33; Cfr. M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., p. 35.

- A consecuencia de lo anterior, el Derecho Laboral constituye una normativa dirigida a tutelar a la persona humana por el hecho de ser tal, y no por ser mera integrante de una mayoría o una determinada clase social.

Partiendo de las consideraciones expuestas, con la aplicación del principio de primacía de la realidad se tutela la integridad humana toda vez que el reconocimiento de la relación laboral y la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo obedecen al bien común centrado y fundamentado en la dignidad de la persona humana, y no a un interés de clase o a un interés de mayorías.¹⁷⁸

3.2.3. La socialidad.-

Si bien es cierto que por la incomunicabilidad ontológica el hombre no se hace común al resto de la especie humana, otra de las perfecciones de la persona humana es la socialidad o ser en relación, la cual da lugar a una vinculación o unión en la naturaleza (comunidad del género humano), y que se traduce en relaciones de solidaridad. Es decir, por este rasgo, el hombre por naturaleza es socio de los demás, y se manifiesta de dos formas: a) Mediante las diversas formas de amistad y compañerismo, al tratarse de relaciones surgidas del conocimiento y amor; b) Una tarea común, con división de funciones y mutua ayuda, en orden a alcanzar en comunidad los fines naturales de la persona humana¹⁷⁹.

Debido a ello el hombre es capaz de unirse a otros en la sociedad, y dentro de ella, dar origen a personas jurídicas que tutelen los derechos y deberes de cada uno de sus miembros, incluso confiarles todos sus deseos y aspiraciones, sin disolverse entre el todo social y perder su

¹⁷⁸ Cfr. R. CALDERA, *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 59. El autor además señala que, paralelamente, la Justicia social también exige muchas normas, que no necesariamente se dirigen a satisfacer el interés clasista de los trabajadores.

- Bernal Pulido afirma que las necesidades humanas sirven de fundamento a todo el conjunto de derechos y no solo a los derechos sociales, pues estos no se limitan a ser un medio o instrumento para la realización de la libertad sino como derechos dotados de una finalidad propicia, que es la de satisfacer las necesidades básicas de la persona para que lleve una vida digna. (Cfr. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad...*, cit., p. 361.; Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 63).

- Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 129.

¹⁷⁹ J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 460-462.

- Chávez-Fernández Postigo, siguiendo a Hervada Xiberta, afirma que “el hombre no sólo tiene la posibilidad de ser socio, sino que es actualmente socio por naturaleza de los otros. (Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *Persona humana y Derecho...*, cit., p. 11).

valor intrínseco o reducirse a una mera parte del todo¹⁸⁰. Como señala Aguilera Izquierdo, la sociedad se erige en comunidad cuando los individuos que la integran experimentan en las relaciones que establecen entre sí la existencia de un vínculo de unidad, que sólo es posible cuando hay un mutuo reconocimiento de la igual dignidad, adquiriendo trascendental importancia, en mérito al rasgo de la socialidad, el principio de la buena fe (el cual desarrollaremos con mayor profundidad en el último capítulo), toda vez que el hombre naturalmente confía en su prójimo y presume que las relaciones entabladas con éste se rigen por la lealtad, apoyada en la total integridad y adhesión personal de los contratantes¹⁸¹. En tal sentido, el trabajo como actividad regulada por el Derecho, cuenta con una doble naturaleza individual y social¹⁸², relacionándose con el referido rasgo ontológico en tres sentidos:

- A nivel individual, el contrato de trabajo es una relación jurídica bilateral que involucra necesariamente la preservación de la buena fe y la confianza en el cumplimiento de las prestaciones pactadas.
- A nivel social, la legislación laboral constituye la positivación de las expectativas legítimas del bien común centradas en tutelar la dignidad humana –que a su vez involucra la satisfacción de necesidades que son esenciales para la subsistencia– y preservar las relaciones jurídicas, de tal forma que el incumplimiento individual de la norma laboral constituye una defraudación de dichas expectativas que no pueden

¹⁸⁰ En ese extremo, como señala Pacheco Zerga, citando al Tribunal Español, la empresa no sólo es una organización dirigida a la producción de bienes y servicios, su misión no se agota sólo en la función económica, sino que como una célula social se constituye en un valor superior en el que se integran otros, siendo el valor superior a salvaguardar como el más alto, el de la dignidad del hombre que trabaja. (Cfr. STC 42/1988.; Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 44).

- Tungendhat, señala que la persona al ser titular de ciertas necesidades, debe satisfacerlas por sí misma en mérito al principio de autonomía. Sin embargo, de no poder hacerlo, surge el deber de la familia, y de no poder aquella o resultar insuficiente, se genera el deber difuso de solidaridad de la comunidad, el cual se concreta en un deber del Estado que es correlativo a los derechos de prestación. (Cfr. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad...*, cit., pp. 357-358.; Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 62).

¹⁸¹ Cfr. R. AGUILERA IZQUIERDO, *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 30-31., citado por L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 33.

- En tal sentido, Pacheco Zerga considera que la buena fe involucra el derecho y deber de tratarse con el respeto que exige la dignidad humana, con un ejercicio de los derechos correlativo al cumplimiento de los deberes. (Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 37).

¹⁸² Cfr. M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 46.

satisfacerse totalmente si no es en sociedad, lo que revela un impacto colectivo de tal incumplimiento.¹⁸³

- Porque en mérito a dicho rasgo, los trabajadores pueden asociarse para constituir organizaciones sindicales en búsqueda de mejorar su posición en la negociación frente a la eventual desigualdad que acarrea dicha relación jurídica.

En consecuencia, el principio de primacía de la realidad adquiere relevancia toda vez que el fraude laboral –ya sea por simulación o fraude a la ley– atenta contra la socialidad humana –concretada en la buena fe–, por cuatro razones:

- Porque en tanto en la consignación de una causa falsa de contratación como en el ocultamiento del contrato de trabajo, de antemano está previsto el incumplimiento, pues se busca dejar en estado de indefensión al trabajador tanto a nivel económico (omisión del pago de los beneficios laborales y de la seguridad social) como legal (encubrir el despido arbitrario mediante la figura de la resolución unilateral del contrato por el empleador).¹⁸⁴ De esta forma, como señala Pacheco Zerga, la ilicitud de la acción no deviene del daño patrimonial causado sino por la pérdida de confianza que ocasiona tal comportamiento y convierte en inviable la convivencia propia del ámbito social¹⁸⁵.

- Porque el fraude laboral evade las normas de orden público, que resultan imperativas en mérito a la preservación de la organización social¹⁸⁶, siendo que el orden público laboral se justifica en aquellos principios y valores que son necesarios para la protección del trabajador¹⁸⁷. De esta forma, el fraude laboral lesiona la justicia social, que en orden

¹⁸³ Blancas Bustamante afirma que “el fundamento de los derechos fundamentales se encuentra en las necesidades humanas básicas, las cuales se pretende satisfacer mediante su reconocimiento como exigencias jurídicas vinculantes”. (C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 60).

¹⁸⁴ J. GORELLI HERNÁNDEZ Y A. OJEDA AVILÉS, *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, pp. 43 y ss., citado por M. PASCO COSMÓPOLIS, “Los contratos temporales: exposición y crítica”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Editorial PUCP, Lima N°68, (2012), p. 507, nota 8; Cfr. R. MURGAS-TORRAZZA, “La situaciones de fraude...”, cit., pp. 241-272.

¹⁸⁵ L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 65.

¹⁸⁶ Cfr. M. RUBIO CORREA, *Nulidad y anulabilidad*, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, 6ª ed., pp. 99-101.; Cfr. J. RUIZ RIQUEIRO, “Luces y sombras...”, cit., p. 109.

¹⁸⁷ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 305-315.

- Hervada Xiberta señala que “la norma, aunque imperativa, no se impone de suyo inexorablemente, sino que se propone como imperio a la obediencia de su destinatario, esto es, como decíamos, a su libertad de autonomía”. (J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 462).

a alcanzar y garantizar la paz universal y permanente, esencialmente exige que se cumpla lo que la sociedad requiere para su conservación y perfeccionamiento¹⁸⁸.

- Porque la pérdida de confianza que origina el incumplimiento contractual atenta contra la solidaridad social¹⁸⁹, y una vez desacreditada la buena fe, la convivencia social se vuelve imposible e intolerable pues el trabajo es un medio de inserción social¹⁹⁰. Por otro lado, aplicando las palabras de Vásquez Vialard, con la aplicación del principio de primacía de la realidad se protege el interés de la comunidad que se lesiona con el desconocimiento de un derecho que tiene relación directa con el bien común¹⁹¹.

- Porque la negación del contrato de trabajo con el objetivo de ahorrar en costos sociales vulnera de forma indirecta la libertad sindical, que encuentra fundamento en la socialidad humana¹⁹².

3.2.4. La juridicidad.-

A consecuencia de los rasgos ontológicos de la racionalidad y socialidad, el hombre, al ser constitutivamente libre, se experimenta como un ser moral-jurídico, responsable de su conducta, que exige y a la vez debe a los demás¹⁹³, dado que las relaciones jurídicas, al tener un

¹⁸⁸ Cfr. R. CALDERA, *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 50. Señala el autor que, la Justicia social ve en el trabajo además de su función individual, una función social, y de no atenderse a esas funciones el trabajo no puede ser entendido en lo justo ni remunerado equitativamente.

- Krotoschin expresa que “tanto la justicia, como idea, cuanto la estructura jurídica positiva son en sí valores sociales que tienen significado en relación con una situación de convivencia. No es pensable justicia alguna que no fuera social en el sentido referido a la vida en común”. (E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I...*, cit., p. 10).

- Toller señala que “la justicia legal, la que obliga con referencia al bien común —y a los bienes de interés general—, es también justicia y no un imperativo de mera conveniencia política externa a la justicia intrínseca a los casos”. (F. TOLLER, “Metodologías para tomar...”, cit., pp. 178, 196).

- Cfr. M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., pp. 35-36.

- Cfr. A. CIUDAD REYNAUD, *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo como base del trabajo decente*, pp. 2-3.

¹⁸⁹ Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 288.; Cfr. J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 460-462.

¹⁹⁰ Como afirma Blancas Bustamante, “el trabajo no sólo es una fuente de sustento personal y familiar del trabajador sino un mecanismo social de inserción de este en la vida social, una condición necesaria para el ejercicio pleno de su ciudadanía”. (C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 118).

- Alonso García nos señala como aspectos del trabajo: 1) Humano, como expresión del quehacer del hombre, diferenciándose de sus esfuerzos irracionales y las energías mecánicas de la maquinaria; 2) Social, en tanto que es un medio que facilita la relación entre los hombres; 3) Económico, puesto que es un factor de producción que adquiere valor en la medida de su utilidad. (Cfr. M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 46).

¹⁹¹ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 274

¹⁹² Cfr. R. MURGAS-TORRAZZA, “La situaciones de fraude...”, cit., pp. 241-272.

¹⁹³ Cfr. J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, *La dignidad como fundamento...*, cit., p. 103.

fundamento real –en la socialidad en el plano más básico y en la cosa que es derecho de modo más inmediato–, son relaciones que se generan y desarrollan en el campo de la comunicación interpersonal de naturaleza intelectual y libre¹⁹⁴. La juridicidad es relevante en el contrato de trabajo toda vez que este encierra prestaciones de dar y hacer, las cuales se constituyen como derechos y obligaciones jurídicas perfectamente exigibles entre ambas partes. En consecuencia, el rasgo de la juridicidad es tutelado por el principio de primacía de la realidad en el sentido que, con el reconocimiento del contrato de trabajo, se reconocen dos cosas:

- En forma general: Que existen obligaciones de respeto mutuo entre empleadores y trabajadores, constituyendo un llamado a ambos para el cumplimiento de los deberes que a cada uno corresponden. En el caso de los trabajadores: la defensa pacífica de sus derechos, el deber de obediencia y respeto al empleador (lo que incluye también sus bienes), entre otros; y en el caso de los empleadores, el deber de respetar la dignidad de los trabajadores, dando a cada uno lo que es justo¹⁹⁵.

- En forma específica: Que el hombre es acreedor de los frutos obtenidos, que no son sino una transformación y apropiación de las cosas, por lo que tales frutos han de ser reivindicados en su favor a la vez que son fuente de orgullo para el propio hombre en tanto que a la vez de experimentarse útil y dueño de sí mismo experimenta un reconocimiento propio y social¹⁹⁶. Y tal propiedad no se limita solo a las cosas físicas o concretas sino también a las cosas abstractas como el progreso personal (v.gr. el ascenso en la escala laboral) o el progreso económico (v.gr. la superación de la pobreza)¹⁹⁷.

¹⁹⁴ J. HERVADA XIBERTA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 462.

¹⁹⁵ Cfr. S.S. LEÓN XIII, *Rerum novarum*, Núm. 15.

- Montoya Melgar señala que nos encontramos frente a prestaciones que debe satisfacer un sujeto particular y no el Estado, dado que el respeto o satisfacción de tales derechos se realizan a título de contraprestación dentro del marco del contrato laboral, pues en virtud de éste, aquel asume una posición de débito hacia el trabajador por la entrega que éste hace de su fuerza de trabajo. (Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Editorial Técno, Madrid, 2012, 33º Ed., p. 373., citado por C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 76, nota 109).

- Pacheco Zerga aclara que aunque el trabajador tiene el derecho a ser tratado con la consideración debida a su dignidad, ello no debe considerarse una puerta abierta para la inflación injustificada de sus derechos, porque de esa forma sólo se conseguiría la inviabilidad de la empresa y a la postre, la decadencia social. (Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., pp. 35-36).

¹⁹⁶ Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 118.; Cfr. M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 46.

¹⁹⁷ Cfr. A. CIUDAD REYNAUD, *Los principios y derechos fundamentales...*, cit., p. 10; Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) – Ginebra, *Reducir el déficit de trabajo decente*, Suiza, 1º ed., p. 9.

En virtud de lo anteriormente expuesto es que el Derecho Laboral y la primacía de la realidad atienden al contenido esencial de todo derecho que se encuentra ajustado precisamente por la unidad de la persona humana y por la gran trascendencia social que éste importa, lo que a su vez exige la interpretación unitaria y teleológica del ordenamiento jurídico¹⁹⁸.

3.3. La desigualdad en la relación laboral

Anteriormente habíamos señalado que el Derecho del Trabajo a través de la primacía de la realidad tutela la dignidad humana a partir de los rasgos ontológicos de la racionalidad, incomunicabilidad, socialidad y juridicidad. Ciertamente es que la tutela de la dignidad del trabajador, como finalidad mediata, constituye justificación más que suficiente para aplicar el referido principio. Sin embargo, es necesario atender a una situación fáctica: la desigualdad económica y jurídica en la relación laboral.

Es irrefutable que, a diferencia de los postulados teóricos y abstractos del liberalismo¹⁹⁹, en el plano real –en mérito a varios factores– siempre ha existido una desigualdad económico-social entre los hombres, la cual a su vez es origen del trabajo asalariado en tanto que éste, además de procurar para el prestador de servicios y su familia los medios cuantitativos para satisfacer lo que le es de urgencia, le permite acceder –de acuerdo a sus capacidades– a las condiciones del mercado para subsistir, a la vez que con ello presta un servicio a la colectividad y elabora lo que es indispensable para la vida social²⁰⁰.

Sin embargo, la mencionada desigualdad involucra una posición de ventaja del empleador frente al trabajador, quien acepta las condiciones impuestas por el primero sin la posibilidad,

¹⁹⁸ Como señala Ciudad Reynaud, “de ello resulta que la protección y reconocimiento de la dignidad del ser humano constituyan el trasfondo de todo el andamiaje del Estado moderno, reflejado tanto en las modernas constituciones como en los tratados y normas supranacionales a través del establecimiento de unos mínimos de protección social y los elementos fundamentales que permitan cumplir con los requerimientos esenciales del desarrollo social”. (Cfr. A. CIUDAD REYNAUD, *Los principios y derechos fundamentales...*, cit., p. 7).

- Pacheco Zerga afirma que el ajuste social se fundamenta en el modo de ser propio del ser humano, que es lo mismo que decir en su dignidad. (Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 140).

¹⁹⁹ Cfr. M. DE LA CUEVA, *El nuevo derecho mexicano del trabajo...*, cit., p. 9.

²⁰⁰ Cfr. M. CASTILLO DÁVILA, “Filosofía del trabajo...”, cit., p. 42.; Cfr. M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 46.

muchas veces, de negociar las cláusulas del contrato de trabajo²⁰¹, por lo que tanto el contrato de trabajo como el contrato de locación de servicios pueden considerarse como contratos por adhesión a la voluntad y condiciones del empleador o comitente²⁰². Al respecto, el Tribunal Constitucional señala dos tipos de desigualdad: jurídica –que comprende el campo sustancial y procesal– y económica. En el campo jurídico sustancial se manifiesta como la subordinación y los deberes imputables al trabajador, mientras que en el campo jurídico procesal se manifiesta como la capacidad intimidatoria que puede impedir los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba. Asimismo, en el campo económico se manifiesta como el título de propiedad del empleador sobre los medios de producción. Por esa razón cobra importancia el principio protector o de igualación compensatoria, pues, reconociéndose la asimetría de la relación laboral, se promueve por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la misma²⁰³.

En consecuencia, la advertida desigualdad económica en la relación laboral no hace sino imponer con justa razón el deber de tutelar la dignidad humana mediante principios e instituciones que limiten el ejercicio abusivo de la posición contractual y aseguren el sustento del trabajador y su familia, la situación real de la empresa y la necesidad del bien común²⁰⁴. En

²⁰¹ Vásquez Vialard señala que las partes ligadas por la relación no se hallan en un mismo pie de igualdad, por lo cual, librado el diálogo entre ellas a sus propias fuerzas, se seguirá normalmente una imposición por parte de la que tiene mayor capacidad de negociación. (Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 189).

²⁰² Cfr. M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., pp. 16-17, 35-36.

²⁰³ Cfr. STC Exp. N° 0008-2005 PI/TC, del 12 de agosto de 2005, F.J. 20.

- Así mismo Pasco Cosmópolis, citado en la misma sentencia, reconoce dicha situación asimétrica (Cfr. M. PASCO COSMÓPOLIS, “El principio protector en el proceso laboral”, *Revista de Iure*, Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 1, (1999), p. 77). Una postura similar: ARCE ORTIZ Y J. NEVES MUJICA, *Código del Derecho Laboral...*, cit., pp. 46.

²⁰⁴ R. CALDERA, *Derecho del Trabajo...*, cit., p. 50.

- Las aspiraciones antes expuestas se sintetizan, en palabras de Ciudad Reynaud, en lo que se conoce como el “trabajo decente”, entendido como el sinónimo de trabajo productivo en el cual se protegen derechos y se engendran ingresos con una protección social apropiada, y que a su vez marca una pauta para el desarrollo económico y social con arreglo al cual pueden cuajar la realidad del empleo, los ingresos y la protección social sin menoscabo de las normas sociales y de los derechos de los trabajadores. (Cfr. A. CIUDAD REYNAUD, *Los principios y derechos fundamentales...*, cit., p. 1).

- Chacaltana remarca que el mercado de trabajo es ante todo un mercado y se pueden aplicar técnicas para su análisis, sin embargo se distingue de un mercado común debido a su característica única: “se trata de un servicio cuyo propietario debe ser quien lo presta, y no se puede separar al propietario del prestador de servicios, lo cual genera que el análisis económico deba ser utilizado con cautela”. (Cfr. J. CHACALTANA, *Empleos para los jóvenes*, Publicación de las Naciones Unidas, 2006, p.189.; Cfr. W. ZÚÑIGA VILLEGAS, *La protección constitucional de los derechos laborales en el marco de una economía social de mercado a propósito de los fallos del Tribunal Constitucional*, Sociedad Peruana De Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), II congreso nacional de la SPDTSS “Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional, 1,2 y 3 de noviembre de 2006, pp. 463-465).

- En el sentido anterior, Alonso Olea señala que se olvida que el mercado de trabajo se comporta en forma muy distinta de las demás mercaderías. (M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho...*, cit., p. 110).

suma, el Derecho Laboral y la primacía de la realidad constituyen mecanismos de protección de la dignidad humana en tanto que preservan el orden jurídico y económico pues el contrato de trabajo también reviste consecuencias de tipo patrimonial²⁰⁵.

3.4. La relación entre el principio protector y el principio de primacía de la realidad.

En el primer capítulo habíamos destacado que el Derecho del Trabajo se fundamenta en su carácter protector en favor del empleado²⁰⁶, la dignidad de la actividad humana y la desigualdad de las partes; y de la misma forma, en los acápites del presente capítulo habíamos evidenciado cómo, de forma mediata, el principio de primacía de la realidad, en base a los rasgos ontológicos de la persona humana, protege la dignidad del trabajador, haciendo además énfasis en cómo el carácter tuitivo concretado en el principio protector adquiere relevancia frente a la desigualdad de la relación laboral. Tales fundamentos constituyen una triada que involucra un entimema en sus premisas y consecuencias: el trabajo como actividad humana y el deber de tutelarla.

El referido entimema no hace sino remitirnos a otro principio laboral, el principio protector, que fundamentado en la dignidad del trabajador, legitima la intervención estatal con el objetivo de limitar la autonomía contractual²⁰⁷ en aquellos negocios entre individuos con disparidad

- En una posición contraria se muestra Richardson, ministra de finanzas de Nueva Zelanda, quien propugnó en el referido país la supresión del salario mínimo y los tribunales de trabajo al tener como premisa que siendo los contratos de trabajo y los contratos civiles esencialmente iguales, la imposición de un precio mínimo distorsiona la libertad que debe imperar en el mercado de trabajo. (Cfr. M. PASCO COSMÓPOLIS, “Reafirmación de los principios...”, cit., p. 27).

²⁰⁵ Las consecuencias patrimoniales se entienden en el sentido que con el pago de la remuneración y el abono de los demás beneficios laborales, el trabajador tiene una mayor posibilidad de liquidez, ahorro y una mayor capacidad de endeudamiento, lo cual le permite invertir y ser parte de otras actividades económicas y adquirir mayores y mejores bienes para su consumo. Desde otra óptica, con una mejor remuneración, el trabajador es capaz de cumplir sus obligaciones con mayor eficiencia, lo cual tiene un fuerte impacto en la producción al permitir una mayor y mejor oferta de bienes y servicios. De ésta forma se puede evidenciar el impacto que tiene el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones laborales en el sistema económico, por lo cual resulta errado afirmar que la inobservancia de las normas laborales no afecta a dicho sistema.

²⁰⁶ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 270.

²⁰⁷ Cfr. D. JAIME KELLERHOF, “Aplicabilidad del principio in dubio pro operario en la apreciación de los hechos y en la valoración de las pruebas”, 6º Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Memorias y Comunicaciones Derecho del Trabajo N° 13/2012 (Extraordinaria), *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 13, (Enero 2012), pp. 369-457. El autor explica que por tales motivos se busca limitar los excesos de la dependencia personal, del sometimiento del trabajador a las órdenes del empleador y de la dependencia económica, ya que es en razón del trabajo prestado que el trabajador obtiene el sustento.

- Mientras Plá Rodríguez considera que el fundamento del principio protector se halla en la propia razón de ser del Derecho del Trabajo, el cual responde fundamentalmente al propósito de nivelar desigualdades. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 63 y ss.); Gamonal Contreras afirma que “el fundamento de la protección, antes que la desigualdad de las partes, se basa en la falta de libertad inicial y consecuente del trabajador”. (Cfr. S. GAMONAL CONTRERAS, *Fundamentos del Derecho...*, cit., p. 154). Al respecto, consideramos que el verdadero fundamento del principio protector se encuentra en la dignidad humana y el consecuente deber de protegerla frente a aquellas situaciones que constituyan un riesgo para ésta.

económica y de poder, por lo que, ante los eventuales abusos del empleador, el legislador –acercándose a la realidad– se aleja de la ficticia igualdad entre las partes del contrato de trabajo y procura a través de normas positivas la nivelación de aquellas diferencias, es decir la protección del contratante social, cultural y económicamente débil²⁰⁸, lo cual se concreta en la preferente tutela jurídica en favor del prestador de servicios, derivando de ello las tres reglas fundamentales de norma más favorable, *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa²⁰⁹.

Sin perjuicio de los argumentos esgrimidos, podrían objetarnos que el principio protector y el de primacía de la realidad tienen presupuestos y consecuencias totalmente diferentes, puesto que mientras al primero interesa la protección de la dignidad del trabajador restringiéndose a las tres reglas antes mencionadas, al segundo sólo interesaría el reconocimiento de la relación laboral. Al respecto, al igual que el principio protector –que fundado en la dignidad del trabajador ha de nivelar las diferencias en favor del contratante débil–, el fraude laboral también tiene como causa la desigualdad de las partes, por lo cual la desnaturalización –consecuencia de la primacía de la realidad– también constituye una forma de nivelación –en el plano contractual– de dichas diferencias.

Por otro lado, tomando en cuenta que la primacía de la realidad tiene por finalidad mediata tutelar la dignidad humana del trabajador de acuerdo a los rasgos ontológicos que se desprenden de ella, podemos concluir que ésta comparte el mismo fundamento con el principio protector.

En la línea de las consideraciones antes expuestas, consideramos que el principio protector y el principio de primacía de la realidad comparten las siguientes relaciones:

- a) Relación de género – especie: El principio de Primacía de la Realidad no descende sino del Principio Protector, característico y razón de ser del Derecho del Trabajo²¹⁰, pues en el marco de la relación laboral es evidente que la suscripción de un contrato

²⁰⁸ Cfr. H. PODETTI, “Los principios del derecho del trabajo...”, cit., pp. 146-147.

²⁰⁹ J.I. ORSSINI, “Los principios del derecho...”, cit., pp. 499-500. Sobre dichas reglas y el principio protector: M. PASCO COSMÓPOLIS, “El Principio protector en el Derecho Procesal del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Editorial PUCP, Lima N°48, (1994), pp. 155-160.; S. GAMONAL CONTRERAS, *Introducción al Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 132-144.

²¹⁰ Según Blancas Bustamante, se considera que el Principio Protector es el más importante de los que inspiran el Derecho del Trabajo, y quizás, el único verdaderamente específico del Derecho del Trabajo. (Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 109).

de trabajo o un contrato de locación de servicios constituye una imposición del empleador sobre el trabajador, o dicho de otro modo, un contrato por adhesión dada su mayor fuerza económica y poder de negociación. Tal imposición se entiende partiendo del hecho que, a diferencia del derecho común, en el derecho laboral la tentación de disimular la realidad es mayor²¹¹ dado que involucra la “renuncia expresa” al contrato de trabajo y a los efectos –mayormente económicos– que por mandato de la ley de éste se desprenden. Por esa razón el principio de primacía de la realidad –como derivado o especie del principio protector– comparte la esencia de éste último al perseguir la tutela del prestador de servicios mediante el reconocimiento de los presupuestos de hecho de una relación laboral²¹².

- b) Relación de causa – efecto: La celebración del contrato de trabajo determina que los sujetos involucrados tengan la calidad de trabajador y empleador, y la obtención de tal calidad no es posible fuera de otra figura que no sea la laboral. Entonces, al tener tales calidades surgen no sólo derechos y obligaciones sino que se evidencia el mayor poder de negociación de una de las partes, por lo cual se impone el deber de protección de la dignidad del trabajador. Dicho de otra forma, del reconocimiento de la verdadera relación laboral como consecuencia de aplicar la primacía de la realidad se deriva el deber de tutela del trabajador. Como señala Alonso García, la condición de trabajador sigue a la celebración del contrato, no es una realidad antecedente. Una persona cualquiera no adquiere los deberes y derechos inherentes al título de trabajador en tanto no ha nacido el vínculo jurídico laboral originado por el contrato²¹³.
- c) Relación instrumental: Partiendo de la relaciones de género-especie y causa-efecto, frente a la negación o renuncia al contrato de trabajo mediante la simulación de otras formas que competen a diferentes ramas del Derecho, lo que incluso se denomina

²¹¹ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 270-271.

²¹² Autores que consideran a la primacía de la realidad como una derivación del principio protector: S. GAMONAL CONTRERAS, *Fundamentos del Derecho...*, cit., pp. 152-155, 178 y ss.; H. PODETTI, “Los principios del derecho del trabajo...”, cit., pp. 147-149. Una postura contraria: A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., p. 221.

²¹³ M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo...*, cit., p. 316.

“huida del Derecho Laboral”, el principio protector requiere que, a fin de tutelar la dignidad del trabajador, primero se determine la existencia de la relación laboral²¹⁴. En consecuencia –frente al fraude laboral– para satisfacer la necesidad de tutela por parte del Derecho Laboral, el reconocimiento del contrato –como finalidad inmediata de la primacía de la realidad– no es sino el instrumento de tal necesidad de protección²¹⁵.

- d) Relación de necesidad o legitimidad: Partiendo de la relación de género-especie, la primacía de la realidad encuentra su legitimidad en la protección de la dignidad del trabajador, fundamento último y a la vez primero de todos los derechos y en la que encuentran su sentido más profundo y raíz más sólida²¹⁶. Y de no perseguir tal finalidad, la presunción de laboralidad resultaría insulsa y espuria²¹⁷.

En resumen, la protección de la dignidad del trabajador se impone como un requisito de legitimidad del principio de primacía de la realidad a la vez que un deber, puesto que fuera del contrato de trabajo no hay empleador ni trabajador, por tanto no hay desigualdad que atemperar o tutelar, y si la hubiera será competencia de otras ramas del Derecho mas no del Derecho del Trabajo.

4. Balance

²¹⁴ Cfr. M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo*..., cit., p. 316.

²¹⁵ Montoya Melgar señala que para la exigencia de los derechos fundamentales del trabajador se requiere de un título específico, el de trabajador, el cual supone una prestación que configura la posición de débito de éste: la de trabajar. (Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*..., cit., p. 316., citado por C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales*..., cit., p. 78, nota 113).

- Krotoschin explica que dentro de la estructura del Derecho Laboral como derecho de integración, la protección que se otorga al trabajador dependiente es sólo un medio indispensable para cumplir con el propósito más amplio de hacer al trabajador participe de la sociedad, moral y económicamente, en cuanto ello pueda ser conseguido por el Derecho. (Cfr. E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I*..., cit., p. 12).

²¹⁶ Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *La cláusula de Estado social*..., cit., pp. 216-217.

²¹⁷ En efecto, siguiendo al autor antes citado, “todos los derechos fundamentales de la persona no son sino expectativas legítimas amparadas por el orden jurídico para que esta se realice como tal, para que su dignidad sea respetada y protegida” (Ibíd., p. 216). En consecuencia, “los derechos laborales fundamentales encuentran un sustento firme y directo en la dignidad humana, la cual funda las normas protectoras del trabajador, justifica las prestaciones y obligaciones que el Estado impone al empleador para compensar la desigualdad real entre este y el trabajador y garantiza las libertades de organización, negociación, acción y autotutela que se reconocen a los trabajadores para obtener un trato digno, mejorar sus condiciones de trabajo y tutelar sus derechos”. (C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales*..., cit., p. 95).

En el presente capítulo hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- a) La primacía de la realidad –como principio del Derecho del Trabajo– no sólo se orienta inmediatamente al reconocimiento de la relación laboral, sino que mediatamente busca tutelar la dignidad del trabajador.
- b) Del cumplimiento de la finalidad inmediata –a raíz de un estudio pormenorizado del contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo, incluyendo el contrato de trabajo sujeto a modalidad, desde la perspectiva del acto jurídico–, evidenciamos que en la desnaturalización, el plazo y la condición son perfectamente convalidables en el contrato de trabajo, siempre y cuando se respete el principio de causalidad del contrato modal y se entienda la formalidad escrita como probatoria de la causa, y cuya alegación corresponde sólo al trabajador.
- c) La finalidad mediata de la primacía de la realidad involucra entender la dignidad – como fundamento de dicho principio– desde una perspectiva antropológica que nos permita conocer la naturaleza humana, la cual involucra rasgos ontológicos como la racionalidad, comunicabilidad, socialidad y juridicidad. En ese orden, la primacía de la realidad retoma al ser humano como único sujeto del contrato de trabajo y valioso en sí mismo a la vez que reivindica los atentados contra el orden social que comporta el fraude laboral y los frutos materiales e inmateriales del trabajo en favor del prestador de servicios, más aún en el contexto de la desigualdad de las partes.

CAPÍTULO III: LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS EN UN CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD

Después de desarrollar el contenido de la interpretación finalista del principio de primacía de la realidad como una alternativa de solución al problema de la desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad (sin perjuicio que este método sea utilizado en otros problemas relacionados con la desnaturalización y el fraude laboral en el contexto de la contratación de servicios moderna), en el presente capítulo analizaremos dicha posibilidad de desnaturalización, no sin antes describir brevemente la realidad laboral actual que a su vez también sirve de justificación a dicha interpretación finalista²¹⁸.

1. Problemas en la contratación de servicios en relación con la actual aplicación del principio de primacía de la realidad.-

En el primer capítulo mencionamos que uno de los fundamentos del principio de primacía de la realidad es la “inconclusividad” del Derecho del Trabajo en mérito a su permanente permeabilidad hacia las diversas exigencias sociales²¹⁹ que a su vez son causa de su especial regulación al entrecruzarse dentro de ella intereses particulares y generales. Dicho fundamento involucra que en estos tiempos de innovaciones y cambios las instituciones jurídicas corran el riesgo de caer en la obsolescencia, por lo cual el Derecho Laboral ha de teñirse de un halo de coyunturalidad que le permita adaptarse a la realidad social, política y económica a fin de cumplir con su esencial función tuitiva.²²⁰

²¹⁸ Al respecto, mencionamos que al iniciar esta investigación hubo algunas objeciones a la preferencia social por la contratación a plazo fijo, comenzado por el argumento del “deseo generalizado” de alcanzar la estabilidad en el puesto de trabajo (Sobre el particular: A. SEMPERE NAVARRO Y A. CRISANTO CASTAÑEDA, “La costumbre en la aplicación...”, cit., pp. 67-87). Tales objeciones no hicieron sino incentivarnos a abordar en forma tangencial éste tema sociológico a fin de determinar si podría existir una preferencia social por la contratación a plazo fijo.

²¹⁹ Cfr. J. MONTALVO ROMERO Y S. MONCAYO RODRÍGUEZ, “Origen y actualidad del derecho del trabajo”, en *Revista Letras Jurídicas*, Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, Veracruz-México, Núm. 22, (Julio 2010), p. 2.

²²⁰ Cfr. P. RIVAS VALLEJO, “La evolución del concepto de trabajador en el Derecho Español: Del asalariado al autónomo dependiente”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 04, (Diciembre 2007), p. 64-70. Sobre el perfil típico de la relación laboral: M. GARMENDIA ARIGÓN, “La nueva consideración de la empresa y su influencia sobre la caracterización de las relaciones laborales”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 2-2006, (Enero 2006), p. 148.

Es en el contexto antes descrito que la interpretación finalista del principio de primacía de la realidad cobra pertinencia, más aún frente a los múltiples problemas actuales en la contratación de servicios, de los cuales solo abordaremos tres: 1) La nueva realidad empresarial, como el paso de la tipicidad a la atipicidad y la flexibilización laboral; 2) La actual mentalidad generacional de los trabajadores y la mentalidad empresarial y 3) La aparición de zonas grises entre el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo.

1.1. Nueva realidad empresarial: el paso de la tipicidad a la atipicidad y la flexibilización en la contratación laboral.-

Como señaló Bernardoni De Govea, la noción de tipicidad se ha diversificado al punto que hay contratos que ya no pueden considerarse atípicos y la atipicidad ahora comprende formas de trabajo que antes se consideraban fuera del ámbito de cobertura del Derecho Laboral, siendo que este fenómeno se origina en una serie de reformas laborales llevadas a cabo durante los últimos treinta años en razón de las modificaciones sustanciales en las relaciones económicas de producción, para las cuales el mantenimiento del modelo típico de relación laboral resultaba una dificultad, lo que determinó flexibilización de los contratos modales –dejando un poco de lado las prohibiciones legales al despido²²¹–, especialmente en América Latina, en aras de atraer la inversión, generar empleos y mejorar la competitividad²²². Y aunque el proceso de reformas no fue uniforme en todos los países y la mayoría de legislaciones mantuvieron su opción por el plazo indeterminado, ello no fue obstáculo para ampliar la modalización de los contratos de trabajo y el consecuente debilitamiento a nivel político y legal de la mencionada presunción, lo que resultó en una evidente precarización del empleo.²²³

²²¹ Cfr. M. BERNARDONI DE GOVEA, “Seguridad social y formas atípicas de trabajo”, XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Lisboa, Septiembre 20 al 22 de 2006, *Revista Gaceta Laboral. Volumen 13*, Universidad del Zulia, Venezuela, Núm. 3, (2007), pp. 404-405, 431-432.

- Según Blancas Bustamante, en el Perú se ha pasado de un modelo “garantista” a uno de “mínima protección”, que es el que actualmente nos rige. (Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., pp. 97-98).

- Como señala Villasmil Prieto, la flexibilización podía significar, polisémicamente, desde la pura y dura desregulación hasta las denominadas flexibilidades de adaptación o desaplicación. (Cfr. H. VILLASMIL PRIETO, “Los desafíos del Derecho del Trabajo: solamente a manera de exordio”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 03, (Enero 2007), pp. 726-727).

²²² M. GARMENDIA ARIGÓN, “Valores y principios...”, cit., p. 49.

²²³ Cfr. M. BERNARDONI DE GOVEA, “Seguridad social...”, cit., p. 432.

Al respecto, consideramos erróneo afirmar que los antecedentes mencionados no tienen repercusiones prácticas en la aplicación del principio de primacía de la realidad, pues al dominar ahora la modalización y la atipicidad —en parte como consecuencia de los cambios en lo que se refiere al ciclo productivo—, llega un punto en que fruto de su uso indiscriminado éstas también se consolidan a nivel económico y social como medios aceptados y adecuados para alcanzar el pleno empleo²²⁴, lo cual genera que la aplicación de dicho principio, restringido y confundido con la taxativa presunción del plazo indeterminado y la también taxativa tipicidad laboral bajo la que dicha presunción fue concebida, corra el riesgo de quedar desfasado e inútil al no incluir a aquellos supuestos de encubrimiento de las modalidades atípicas mediante contratos civiles o de cualquier otra naturaleza extralaboral. Por tanto, todas estas consideraciones exigen un fortalecimiento jurídico de dicho principio, el cual se originará en la adaptación a la realidad económico-social sin descuidar la dignidad del trabajador.

1.2. La actual mentalidad generacional de los trabajadores y mentalidad empresarial.-

Éste problema requiere ser captado o analizado desde dos perspectivas:

1.2.1. La nueva mentalidad empresarial.-

Como sabemos, los procesos de racionalización y reingeniería constituyeron la superación del paradigma taylorista-fordista, herencia de la época de la gran empresa industrial y la producción en masa, caracterizado por ser un modelo clásico de organización de la producción y de gestión del trabajo²²⁵. En ese orden, las condiciones de competencia internacional, desplegadas aproximadamente desde la década de los setenta, hicieron que las estructuras empresariales se consideraran poco versátiles frente a las demandas de los nuevos mercados que comenzaban a caracterizarse por su flexibilidad en aras de la competitividad²²⁶, lo que también amenazaba en cierta forma la existencia del Derecho Laboral si es que este no se acondicionaba a sus demandas²²⁷. En tales contextos, la empresa se limitaría a especializarse

²²⁴ Cfr. M. BERNARDONI DE GOVEA, “Seguridad social...”, cit., p. 406.

²²⁵ Cfr. E. CUESTA *et alii*, “La nueva generación y el trabajo”, en *Barbarói, Revista do Departamento de Ciências Humanas e do Departamento de Psicologia*, Universidade de Santa Cruz do Sul, n. 31, (ago/dez. 2009), p. 134.

²²⁶ Cfr. A. ILNITCH *et alii*. “New Organizational Forms and Strategies for Managing in Hypercompetitive Environments”, *Organization Science*. Vol. 7, N° 3, (1996), pp. 211-220., cit. por E. CUESTA *et alii*, “La nueva generación...”, cit., p. 134.

²²⁷ Cfr. H. VILLASMIL PRIETO, “Los desafíos del Derecho del Trabajo...”, cit., p. 732.

en lo que fuera verdaderamente eficiente ya sea mediante la conformación de un núcleo duro con trabajadores mejor capacitados –dejando de lado la incorporación de otros trabajadores– o la delegación del resto de operaciones del ciclo productivo a instancias externas (v.gr. empresas auxiliares) mediante una amplia gama de opciones reales o simuladas, concretadas en la celebración de contratos mercantiles o civiles²²⁸. Por ese motivo, los empleadores o las empresas actualmente buscan una mayor calificación de los prestadores de servicios a fin de conservar los mejores lugares en la competencia, por lo cual éstos han de ser evaluados en base a resultados, dependiendo de ello su estabilidad en la empresa.

Al respecto, cabe señalar que en el Perú, al año 2002, el porcentaje de contratación de trabajadores durante los últimos 05 años había variado de la siguiente forma: Respecto de los trabajadores con educación básica el porcentaje disminuyó del 45,6% al 41%, mientras que el porcentaje de trabajadores con educación superior técnica ascendió de 29% a 30,9%, y el de trabajadores con educación superior universitaria subió de 25,7% a 28%. Por otro lado, el 89,7% de las empresas entrevistadas consideraba que los negocios experimentarán cambios (presumiblemente de incremento de las ventas) en un futuro cercano, aunque la mayoría también declaró que esperaba que sus trabajadores respondieran a estos cambios con el objetivo de mantener la competitividad de la empresa. Asimismo, en lo que respecta a la preferencia por contratar trabajadores jóvenes, el 35% de las empresas entrevistadas justificó dicha preferencia por razones de la actividad económica, que involucra la adecuación de los jóvenes a las necesidades específicas de las empresas, siendo que estos cuentan con niveles de educación superiores a los de generaciones anteriores y están más acostumbrados a las herramientas que se utilizan actualmente en los negocios, como Internet y tecnologías de la información²²⁹. De hecho esta tendencia se ha visto en aumento, pues como refleja uno de los informes del Ministerio de Trabajo del año 2012, “existe una estrecha vinculación entre calificación de la mano de obra y niveles crecientes de productividad del trabajo; sin embargo, en nuestro país [Perú] la inversión en capacitación laboral es baja y representa el 2.1% de las planillas (160 millones de dólares anuales). La capacitación se concentra en los grupos ocupacionales que ya

²²⁸ Cfr. M. CASTILLO SERRANO, “El poder negocial del trabajador en el contrato individual de trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 1-2005, (Enero 2005), pp. 300-301.

²²⁹ Cfr. J. CHACALTANA, *Empleos para los jóvenes...*, cit., pp. 70-71, 76.

tienen mayor calificación, siendo los trabajadores con contrato permanente quienes reciben más capacitación que los no permanentes. De este modo, la capacitación formal (la más valorada por el trabajador pues cuenta con certificación y acreditación) solo llega al 4% de los trabajadores. Por su parte, los trabajadores solo estarían dedicando el 0,5% de su tiempo anual a actividades de capacitación”²³⁰. Asimismo, otro informe del Ministerio de Trabajo del año 2015 señala que “el nivel educativo de los trabajadores es importante para la economía dada la influencia que este tiene sobre la productividad y competitividad de un país. En los últimos años el nivel educativo de los trabajadores ha aumentado desplazando a trabajadores con nivel educativo básico por trabajadores con mayor nivel educativo”. Ello explica que entre el año 2009 y 2014 el porcentaje de trabajadores con secundaria completa haya aumentado desde un 25% hasta un 27,8%, mientras que el porcentaje de trabajadores con educación superior no universitaria completa aumentó de un 9,6% a un 10,5% y el de trabajadores con educación superior universitaria completa haya ascendido de un 9,3% a un 9,6%, en desmedro del porcentaje de trabajadores con solo educación primaria completa e incompleta que disminuyó de 11,6% a 11,2% y de 13,6% a 11,9% respectivamente.²³¹

1.2.2. La actual mentalidad generacional de los trabajadores.-

Actualmente, en el seno de las empresas es posible apreciar una interacción generacional entre los grupos etarios, tales como los Veteranos (1920-1940), *Baby Boomers* (1940-1960), Generación X (1960-1980) y Generación Y (1980-)²³². Concretamente, la Generación Y, a diferencia de las generaciones anteriores, se caracteriza, entre otras cosas, por distribuir el tiempo entre el avance en la carrera, trabajo, viajes y hobbies, la observancia estricta de la

²³⁰ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Políticas nacionales de empleo*, Lima, 2012, 2ª ed., pp. 25 y ss.

²³¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Informe anual del empleo en el Perú 2014*, Lima, 2015, pp. 56-57.

- Cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Informe: Demanda de ocupaciones al 2016 (EDO) III Trimestre 2015*, Lima, 2016, pp. 14-15.

- Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) – Ginebra, *El empleo de los jóvenes: vías para acceder a un trabajo decente*, IV Informe, Promoción del empleo de los Jóvenes: abordar el desafío, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, 2005., pp. 22-23.

²³² Cfr. N. HOWE Y W. STRAUSS, *Millennials Go to College*. EE.UU.: Life Course Associates, 2007., cit. por E. CUESTA *et alii*, “La nueva generación...”, cit., p. 127.

jornada de 08 horas o de tiempo parcial y la búsqueda de jornadas flexibles²³³. La diferencia podría resumirse de esta forma: mientras las generaciones anteriores vivían para trabajar, la generación “Y” trabaja para vivir. Como señala el estudio practicado por Ipsos Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) en el año 2014, “el índice de actitudes respecto al trabajo muestra una relación inversa entre la edad y el puntaje obtenido. Los Y jóvenes son los que mayor importancia le dan a su vida personal: tienen cerca de 30 puntos sobre 100 posibles. A seis puntos de distancia se encuentran los Y “mayores”, con 24 puntos. Le siguen los X, con 19, y los *baby boomers*, con 15... [Para los *millennials*] es más importante que para otros grupos generacionales mantener el trabajo en el trabajo. Es decir, cumplir con la jornada de ocho horas y utilizar el resto del tiempo en sus intereses personales. Por ello, cuando se les pregunta si están de acuerdo con la afirmación “es importante cuidar su vida personal y familiar, y trabajar solo ocho horas diarias”; el 37% de la generación Y joven se encuentra totalmente de acuerdo, frente a un 30% de los Y adultos, 23% de los X y 16% de los *baby boomers*.”²³⁴.

En cuanto a la estabilidad laboral, también existen diferencias entre los grupos etarios. Mientras que a una persona en la última etapa de su vida laboral (Veteranos, *Baby boomers*, Generación X) le interesa hacer menos cambios y procura la estabilidad —a consecuencia de ser testigo del modelo taylorista-fordista, crecer en la incertidumbre y con pocas posibilidades de elección, lo que explica la búsqueda de seguridad y conservación del puesto de trabajo—, la generación joven quiere visualizar cómo va a ser toda su carrera y por ello privilegia la estabilidad en la empleabilidad por encima de la estabilidad laboral, pues se concentra en la posesión de competencias que permitan al trabajador salir de un empleo e ingresar a otro sin inconvenientes.²³⁵ De hecho, son éstas concepciones las que determinaron en un principio la preferencia por el contrato a plazo indeterminado, y luego la opción por el contrato modal.

²³³ Cfr. M. CAMPOS Y P. ROJAS, “El monstruo inexistente: ¿qué tan Y es la generación peruana? Primer estudio sobre la Generación Y como fuerza laboral”, *Semana económica, Soluciones de Marketing*, (2014), p. 4.

²³⁴ *Ibidem*, p.8.

- Sobre las preferencias similares en otra realidad latinoamericana: E. CUESTA *et alii*, “La nueva generación...”, cit., p. 130 y ss.

²³⁵ Cfr. E. CUESTA *et alii*, “La nueva generación...”, cit., p. 133-135. Los autores al respecto aclaran que aunque el anterior modelo taylorista-fordista conllevaba una política de mantenimiento de condiciones de estabilidad que se plasmaban en un contrato de duración indeterminada, lo que propiciaba la permanencia en la empresa y la posibilidad de “hacer carrera” dentro

Si bien es cierto que los empleadores o las empresas buscan la mano de obra altamente calificada a fin de conservar la posición óptima en la competencia, los prestadores de servicios –limitados en varios casos en cuanto a la negociación de los términos de su contrato– de alguna forma buscan competir en el mercado laboral, por lo cual valoran la especialización y experticia como medios para alcanzar el desarrollo pleno. Ello motiva a que la generación actual considere que bastan dos años en una empresa para ganar la experiencia necesaria, y que en muchos casos no busque un trabajo estable sino uno temporal que permita alcanzar metas de corto plazo. Y aunque existen empleadores dispuestos a buscar y acoger a éste tipo de trabajadores, que aprovechan para insertarse en el mundo laboral, también existen quejas respecto de su falta de fidelidad para con la empresa.²³⁶

Las precisiones antes hechas nos demuestran que las preferencias de los prestadores de servicios en cuanto a estabilidad laboral –entiéndase la opción por la contratación a plazo fijo– y formas de prestar servicios han variado. En cuanto a estas últimas, podemos señalar que frente a la variedad de modalidades que se practican en el mercado de servicios y que pueden encubrirse mediante contratos no laborales, el principio de primacía de la realidad cobra pertinencia toda vez que con su aplicación debe rescatar todas aquellas modalidades que, de acuerdo a la naturaleza de la prestación y sin abandonar la esencia del contrato de trabajo, no se encuadran dentro del enunciado general del plazo indeterminado.

En cuanto a la opción por el contrato a plazo fijo que obedecería a que existen prestadores de servicios que ya no aspiran a quedarse permanentemente en la empresa a no ser que haya mejores ofertas de trabajo que se adecúen a sus preferencias o signifiquen oportunidades de desarrollo, no obstante que aún se muestran incapaces de encontrarse en un plano de igualdad

de ella, por su parte los jóvenes aprendieron a raíz de las experiencias de sus padres que las empresas no aseguraban su estabilidad en el empleo y por esa razón buscan sobrevivir mediante la capacitación y versatilidad que les permita adaptarse a los requerimientos de los puestos de trabajo que les resulten atractivos.

- Cfr. M. CAMPOS Y P. ROJAS, "El monstruo inexistente...", cit., pp. 12-17.

²³⁶ Cfr. M. CAMPOS Y P. ROJAS, "El monstruo inexistente...", cit., pp. 11-13, 15.; Cfr. E. CUESTA *et alii*, "La nueva generación...", cit., pp. 127-134.; Cfr. MANPOWER, INSURGENTES SUR, *Reescribiendo las reglas: La interacción generacional en el trabajo*, México, 2010, p. 6.

- En referencia al principio de continuidad, Plá Rodríguez señala que aún establecido en beneficio exclusivo del trabajador, su mayor permanencia en la empresa redundaría también en beneficio del empleador, no sólo por la posición anímica del primero, sino porque de su mayor adquisición de conocimientos y experiencia en mérito al transcurso de los años evita al empleador el riesgo de estar experimentando y enseñando a nuevos trabajadores con la secuela inevitable de errores, fracasos, perjuicios y pérdidas de tiempo. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., p. 220).

para negociar sus contratos con el empleador, ésta requiere ser tomada con cautela. Y es que ante la posibilidad de desnaturalización de un contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo a plazo fijo ciertamente se objeta que el contrato de trabajo a plazo indeterminado no limita –jurídicamente– las posibilidades de renuncia del trabajador, por lo cual no cabría tal propuesta por resultar inútil en este caso. Sin embargo, consideramos que dicha objeción no es aplicable en aquellos casos en los que se encubre un contrato de trabajo a plazo fijo mediante un contrato civil para luego despedir arbitrariamente al trabajador antes del vencimiento del plazo, toda vez que las consecuencias indemnizatorias son cuantitativamente diferentes²³⁷, siendo este supuesto el que posteriormente desarrollaremos en los subsiguientes acápite.

Asimismo, aclaramos que no es nuestro objetivo descartar de plano la contratación a plazo indeterminado sino señalar que hay casos en los cuales los trabajadores de antemano consienten en alguna forma las diversas contrataciones modales a las que se ajustan sus prestaciones en favor del empleador aún bajo formas civiles o mercantiles. En tal sentido, restringir la aplicación de la primacía de la realidad a la presunción del plazo indeterminado quizá no resulte siendo lo más óptimo en algunos casos, por lo cual es necesario asumir una postura menos rígida entre la contratación a plazo indeterminado y la contratación a plazo fijo, pues como expresa Arce Ortiz, ambos tipos contractuales son complementarios más que contradictorios²³⁸, sin embargo, haremos hincapié de ello en los puntos siguientes, concretamente en el que se refiere a la preferencia por el contrato a plazo indeterminado.

1.3. La aparición de zonas grises entre el derecho civil y el derecho del trabajo.-

García Vara conceptúa a las zonas grises como aquellas prestaciones de servicio que por sus cualidades resulta especialmente difícil determinar si son de carácter laboral o extra laboral, a diferencia de aquellas situaciones en las cuales el empleador pretende, de diversas formas, disfrazar o simular de manera fraudulenta una verdadera prestación de servicios de carácter laboral²³⁹. Estas zonas grises, en palabras de Nugent Valverde, son el resultado de aplicar la

²³⁷ Este supuesto se interpreta en el sentido que el trabajador a consecuencia del despido arbitrario antes de cumplido el plazo, demande la desnaturalización del contrato y la aplicación de la norma indemnizatoria prevista para los contratos de trabajo modales.

²³⁸ Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., p. 160.

²³⁹ Cfr. J. GARCÍA VARA, “Existencia de una relación...”, cit., pp. 182-183.

tradicional política o regla del trabajador subordinado como condición para alcanzar la protección legal, lo que al final no hace sino detener la fuerza expansiva del Derecho del Trabajo y servir como medio para huir de este último²⁴⁰.

Aunque no es propósito del presente trabajo profundizar en este tema, consideramos pertinente mencionarlo con el objetivo de describir la nueva realidad laboral y develar el riesgo de desfase y limitaciones que puede atravesar la primacía de la realidad a la hora de tutelar al prestador de servicios si es que no se amplía su ámbito de cobertura en favor del presunto trabajador.

1.4. Reflexiones sobre la preferencia por el contrato a plazo indeterminado.-

Como indican algunos informes de la Oficina Internacional del Trabajo para América Latina y el Caribe, existe a nivel legislativo una preferencia por el contrato a plazo indeterminado, respondiendo históricamente a la intención normal de quienes se vinculan por un acuerdo de voluntades en materia laboral de acuerdo al Derecho del Trabajo de tradición europea continental²⁴¹. Si bien es cierto que tal opción supo responder a la realidad laboral del siglo pasado, marcado por la revolución industrial y los diversos conflictos político-sociales, conforme también a la mentalidad generacional de la época que quedó imbuida en la mente de nuestros legisladores, esta se ha visto matizada por la realidad laboral a la que antes hicimos mención, por lo cual procederemos a hacer algunas reflexiones a partir de las situaciones antes señaladas:

- a) Por un lado, la ola flexibilizadora del contrato de trabajo a plazo indeterminado en América Latina, originada en los cambios económicos de la década de los años

- Rivas Vallejo aclara que las zonas grises se encuentran conformadas por toda una diversidad de situaciones cuyo denominador común es precisamente la imposibilidad de calificación en cuanto que se aprecian notas que las aproximan a la definición legal al tiempo que otras determinan la exclusión de la misma. (P. RIVAS VALLEJO, “La evolución del concepto...”, cit., p. 66).

²⁴⁰ Cfr. R. NUGENT VALVERDE, “El trabajo dependiente y el trabajo autónomo, la crisis de la subordinación”, *Revista Cultura*, Revista de la Asociación de Docentes de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, N° 20, (Diciembre 2006), p. 434; Cfr. H. VILLASMIL PRIETO, “Los desafíos del Derecho del Trabajo...”, cit., p. 733.

²⁴¹ Cfr. M. BERNARDONI DE GOVEA, “Seguridad social...”, cit., p. 408; Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La reforma laboral en América Latina: Un análisis comparado*, 2000, 1ª ed., p. 15.; Cfr. A. CIUDAD REYNAUD, “Evolución y tendencias recientes del Derecho del Trabajo en América Latina”, en P. KURCZYN VILLALOBOS, (coord.), *Evolución y tendencias recientes del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en América. Memoria del VI Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 2006, 1ª ed., pp. 217-243.

setenta²⁴², significó que en la última década del siglo pasado se dieran una serie de reformas legislativas que permitieran la movilidad de mano de obra y reducción de costos en aras de una mayor competitividad y creación de empleos, con resultados perjudiciales en el caso de los trabajadores que contaban con cierta protección en el marco del empleo formal, no obstante se reconoce que en algunos casos por el contrario se consolidaron o mejoraron los derechos del trabajador y modernizaron las diversas instituciones²⁴³. El resultado de ello fue que paradójicamente dichas reformas a la par que incentivaban el contrato a plazo fijo –haciendo desaparecer su excepcionalidad– restringieron el contrato a plazo indeterminado al aligerar sus reglas por considerarse tanto a nivel político y legislativo que el primero resultaría más atractivo a los inversionistas al otorgar una mayor libertad de elección y adaptación a diferencia del contrato a plazo indeterminado.

De la descripción antes hecha podemos apreciar que a pesar de la preferencia por el plazo indeterminado, a nivel legislativo y económico existe una clara apuesta por el fomento de la contratación modal, ya sea ampliando las modalidades o causales de contratación o extendiendo el plazo de duración de los contratos, entre otras formas, destacando el caso peruano²⁴⁴. Si bien es cierto la contratación a plazo indeterminado

²⁴² Para mayor detalle sobre dichas reformas: M. GARMENDIA ARIGÓN, “Valores y principios...”, cit., p. 44.

²⁴³ Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La reforma laboral en América Latina*: ..., cit., pp. 14-16. Dicho informe aclara que al encontrarse los contratos a plazo fijo contemplados desde los albores del Derecho del Trabajo, fueron desarrollados tanto por la ley como por los convenios colectivos y la jurisprudencia en orden a favorecer a algunos sectores económicos caracterizados por las necesidades variables de mano de obra según la temporada o la circunstancia.

- Cfr. G. CRUCES Y A. HAM, *La flexibilidad laboral en América Latina: las reformas pasadas y las perspectivas futuras*, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2010, p. 23.

²⁴⁴ Como señala la Oficina Internacional del Trabajo, “en Perú, desde 1991 hay nueve modalidades de contratos de duración definida, los cuales pueden tener una muy extensa duración, prolongable hasta cinco años en ciertos casos”. (Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La reforma laboral en América Latina*: ..., cit., p. 17., Cfr. M. BERNARDONI DE GOVEA, “Seguridad social...”, cit., pp. 408, 421-422).

- Al respecto, la legislación peruana contempla que los contratos de trabajo sujetos a modalidad podrán celebrarse cuando así lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio a prestar o de la obra a ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitente o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes. En ese sentido, son contratos de naturaleza temporal: el contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad, el contrato por necesidades del mercado y el contrato por reconversión empresarial; son contratos de naturaleza accidental: el contrato ocasional, el de suplencia y el de emergencia; y son contratos de obra o servicio: el específico, el intermitente y el de temporada. (D.S. 003-97 TR, Arts. 53-54).

- Asimismo, sobre el caso peruano, Arce Ortiz afirma que “el problema se suscita a partir de 1991, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 728... cuando la propia legislación incentiva la contratación temporal en actividades permanentes de la empresa. Se deja de lado la relación complementaria entre contratación indefinida y contratación temporal, y se da paso a una relación conflictiva en las actividades con vocación de permanencia de la empresa. Sintetizando, las estrategias legales de penetración de la contratación temporal en un terreno que antes le estaba vedado, puede ocurrir, fundamentalmente, en tres situaciones: A) La contratación temporal ingresa al campo de las actividades empresariales de carácter permanente y desplaza,

constituye uno de los óptimos para asegurar la estabilidad en el empleo, aunque parezca un supuesto forzado nos preguntamos si frente a su debilitamiento a causa del sistema de producción y las medidas legislativas no sería posible que los empleadores encubran prestaciones laborales sujetas a modalidad mediante otro tipo de contratos, aprovechando el actual silencio que al respecto hacen las presunciones de laboralidad en relación a dicho tipo de desnaturalización frente a la eventual la invocación que en tal sentido pudiera hacer el trabajador.

- b) Por otro lado, la actual mentalidad de los trabajadores, resultado de la interacción generacional que se da en el seno de la empresa, revela que mientras algunos optan por el plazo indeterminado, otros optan por el plazo fijo y de antemano consienten en ello. En ese sentido, el estudio practicado por Ipsos Perú y la UPC en el año 2014 arroja los siguientes resultados: Respecto del significado de desarrollo profesional pleno, el 33% de los trabajadores entre 18 y 25 años consideran que es la experticia en el campo –lo que le otorga un primer lugar– frente al 15% que considera que es el ascenso hasta el puesto máximo en la línea de carrera dentro de la empresa –lo que le otorga el cuarto lugar–. De igual forma, el 36% de los trabajadores entre 26 y 34 años consideran que es la experticia en el campo frente al 13% que considera que es el ascenso hasta el puesto máximo en la línea de carrera dentro de la empresa. El 32% de los trabajadores entre 35 y 49 años consideran que es la experticia en el campo frente al 11% que considera que es el ascenso hasta el puesto máximo en la línea de carrera dentro de la empresa, y el 32% de los trabajadores entre 50 y 65 años consideran que es la experticia en el campo frente al 8% que considera que es el ascenso hasta el puesto máximo en la línea de carrera dentro de la empresa. En ese orden, los Y consideran que bastan dos años en una empresa para poder ganar la experiencia necesaria y aprender del negocio,

por ende, al contrato de trabajo indefinido...; B) En otros casos, la contratación temporal se reserva a actividades transitorias o estrictamente temporales, pero los controles para la división de los ámbitos son demasiado sutiles, [pues] en la práctica, los contratos temporales invaden las actividades permanentes de las empresas, erosionando la contratación indefinida...; C) Finalmente, se utiliza la etiqueta “contratación temporal” para encubrir acciones de política de generación empleo. Se crean, bajo fórmulas de contratación temporal o de plazo fijo, ciertas figuras que operan en las actividades permanentes de la empresa, con el fin de ofrecer mayores incentivos a los empresarios para la creación de puestos de trabajo. (E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo*..., cit., pp. 161-162).

- Cfr. E. ARCE ORTIZ Y J. NEVES MUJICA, *Código del Derecho Laboral*..., cit., p. 20; Cfr. M. GARMENDIA ARIGÓN, “Valores y principios...”, cit., p. 49.

a diferencia de los X y los *baby boomers* que consideran que con necesarios tres años para alcanzar tal objetivo. Sin embargo dicho estudio aclara, en base a las entrevistas también practicadas a algunos expertos, que para los mayores (X y *baby boomers*) esta rapidez no es un incentivo para cambiar de trabajo, a diferencia de los Y, quienes –en palabras de Rosella Acosta– parecen sentir una imperiosa necesidad por crecer rápidamente, pues al año y medio o dos años ya buscan experiencias nuevas, enfocados en qué más van a aprender y cuál va a ser el siguiente paso en su carrera. Por ese motivo muchas empresas optan por dejar ir a los trabajadores jóvenes, dado que este tipo de exigencias pone en evidencia que no encajan con su cultura organizacional.²⁴⁵ De los datos antes citados tenemos que todos los grupos etarios priorizan la experticia en el campo frente a hacer una línea de carrera, la cual consideran en un cuarto plano. Sin embargo los trabajadores jóvenes optarían por quedarse en la empresa un máximo de dos años, a diferencia de los trabajadores adultos –a los que interesa quedarse un mayor tiempo y realizar una menor cantidad de cambios–, y en ese sentido, de alguna forma las empresas coincidirían con los trabajadores jóvenes en su opción por el plazo fijo. Tal consentimiento podría encontrarse motivado porque, a pesar que los trabajadores no cuentan con un poder de negociación mayor al de sus empleadores, buscan ser más competitivos en el mercado laboral mediante la especialización y adquisición de experiencia a fin de encontrar un puesto de trabajo de acuerdo a la demanda empresarial, pues vienen en alza la búsqueda de un personal más calificado y la dificultad para encontrarlo²⁴⁶.

Las anotaciones antes hechas nos permiten concluir –parcialmente– que en cuanto a la permanencia en la empresa y la línea de carrera, dependiendo del tipo de trabajador, existen algunos prestadores de servicios que no necesariamente aspiran a mantenerse

²⁴⁵ Cfr. M. CAMPOS Y P. ROJAS, “El monstruo inexistente...”, Op. Cit. pp.14-16.

- Para mayor información sobre otras realidades latinoamericanas: E. CUESTA *et alii*, “La nueva generación...”, Op. Cit. pp. 130-136; MANPOWER, INSURGENTES SUR, *Reescribiendo las reglas...*, cit., pp. 9-22.

²⁴⁶ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Oficina Regional para Latinoamérica y el Caribe, *Panorama laboral 2012. América Latina y el Caribe*, Lima, 2012, 1ª ed., pp. 46-47.

en forma indefinida en el centro laboral²⁴⁷. Asimismo, podrían objetarnos que si se diera al trabajador la posibilidad de elegir, por asegurar la estabilidad absoluta elegiría el contrato a plazo indeterminado. Sin embargo, esto sería posible si el trabajador desde el inicio realmente pudiera elegir la naturaleza de su vínculo, no así en el caso en que fuera contratado como locador de servicios y, retornando al supuesto antes expuesto, fuera despedido antes del vencimiento del plazo y demandara la desnaturalización del contrato y la indemnización correspondiente a los contratos modales por las expectativas frustradas.

Al respecto, recurrimos al siguiente ejemplo: el prestador de servicios ingresa a laborar a una empresa como gerente de proyectos mediante un contrato de locación de servicios, denominado “contrato de asesoría de proyecto” por el plazo de un año. Durante la relación contractual han existido todos los elementos de un contrato de trabajo, tales como la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación. Respecto de éste último elemento tenemos que el prestador de servicios, aún bajo la forma contractual elegida, ha ejercido las funciones y facultades de mando y de representación reservadas exclusivamente al empleador, las cuales hacen del prestador de servicios un trabajador de dirección. Respecto al despido, el empleador al quinto mes de suscrito el contrato cursó una carta notarial por la cual da por concluido este argumentando que no se habían cumplido los objetivos pactados, por lo cual el trabajador en el correspondiente proceso judicial demanda la indemnización por despido arbitrario correspondiente a los contratos a plazo fijo, además de los beneficios sociales referidos a vacaciones truncas, gratificaciones legales, compensación por tiempo de servicios y utilidades. En primera instancia se declara fundada la demanda al reconocerse que se trató de un contrato de trabajo sujeto a modalidad, sin embargo en segunda instancia se revocó la sentencia y se declaró la existencia de una relación a plazo indeterminado²⁴⁸.

²⁴⁷ Respecto de esta conclusión, nos remitimos a los datos estadísticos señalados en las notas anteriores. Cfr. M. CAMPOS Y P. ROJAS, “El monstruo inexistente...”, Op. Cit. pp. 14-16; Cfr. E. CUESTA *et alii*, “La nueva generación...”, Op. Cit. pp. 130-136; Cfr. MANPOWER, INSURGENTES SUR, *Reescribiendo las reglas...*, cit., pp. 9-22.

²⁴⁸ Ejemplo tomado del Exp. N° 02246-2011-0-0401-JR-LA-01, Sentencia del 08 de abril de 2015, parte expositiva.

Este supuesto es el que nos lleva a cuestionar si la declaración de la relación laboral no resultaría vejatoria para el trabajador, además de constituir una imposición por encima de su restringida libertad contractual²⁴⁹. Sin perjuicio de tener que responder posteriormente tal pregunta, por ahora podemos afirmar que se hace necesario adaptar políticas cuidadosamente diseñadas que procuren una mayor flexibilidad balanceando regulaciones menos onerosas con derechos y protección²⁵⁰.

- c) Por último, la aparición de zonas grises entre el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo, en mérito de las cuales resulta difícil de determinar su carácter laboral dadas sus peculiares características, puede llevarnos a concluir, interpretando desde la común intención de las partes y de la realidad de los hechos –a la luz de las atingencias advertidas–, el carácter temporal y no indeterminado de la prestación personal de servicios. No obstante, se hace necesario ampliar el campo del Derecho del Trabajo para comprender todo tipo de trabajo, abarcando las diversas modalidades contractuales y distintos tipos de protección, sin perjuicio de retornar al Derecho Civil pero con el objetivo de ampliar y perfeccionar los particularismos del Derecho Laboral²⁵¹.

El análisis de los problemas antes mencionados sólo nos lleva a concluir que en algunos casos la opción por la contratación indefinida, pese a perseguir la protección del trabajador, puede resultar siendo anacrónica y perjudicial no sólo para la economía o la competitividad empresarial sino que, aún más, podría perjudicar a los trabajadores tanto en sus intereses objetivos como subjetivos, por lo cual se hace necesario analizar concretamente tales situaciones a la luz de una aplicación más depurada del principio de primacía de la realidad que armonice los intereses económico-empresariales y la necesidad de protección del trabajador, en el marco de una economía social de mercado mediante el fomento y protección de relaciones lícitas.

²⁴⁹ Como señala De los Heros Pérez Albela, al tener la continuidad el carácter de un principio en favor del trabajador, proveniente del sentido protector del derecho laboral, no significa necesariamente que el contrato de trabajo tenga la calidad de vitalicio, no obligando por tanto al trabajador a continuar adherido al empleo contra su voluntad, cuando no desee o no pueda trabajar. (Cfr. A. DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, “Los contratos de trabajo...”, cit., p. 195).

²⁵⁰ G. CRUCES Y A. HAM, *La flexibilidad...*, cit., p. 28.

²⁵¹ Cfr. C. MANGARELLI, “Tendencias...”, cit., p. 93, 95.

2. El cumplimiento de la finalidad inmediata del principio de primacía de la realidad.

Plantear la posibilidad de desnaturalización de un contrato de locación de servicios en un contrato de trabajo sujeto a modalidad sin tener uno o más casos que sirvan como punto de partida puede resultar una abstracción teórica por demás relevante académicamente pero no socialmente o jurídicamente. Hubo algunas objeciones a la presente investigación principalmente por la poca casuística o la preferencia del plazo indeterminado que haría irrelevante analizar los elementos accidentales del contrato civil o del contrato de trabajo. Sin embargo, a partir de los pocos casos que pudimos observar y que dieron pie a la presente tesis, surgió la siguiente interrogante ¿puede la preferencia por la contratación indefinida, a partir de una aplicación polarizada del principio de primacía de la realidad, negar ésta última –después de analizar el fondo de la relación contractual– aún en perjuicio de los intereses del trabajador?

Es por tal motivo que nos permitimos citar los siguientes casos como ejemplo:

- a) Retomando el ejemplo planteado en el acápite anterior, un prestador de servicios que es contratado por una empresa mediante un contrato de locación de servicios para desempeñarse como trabajador de dirección en una determinada obra durante el plazo de 01 año. No obstante, la naturaleza de su profesión y prestación, sin dejar de lado las propias expectativas, son de carácter temporal, y se le cursa una carta de resolución del contrato al quinto mes de iniciada la prestación. A consecuencia de ello interpone una demanda de indemnización por despido arbitrario solicitando previamente el reconocimiento de una relación laboral sujeta a modalidad y la aplicación de la norma indemnizatoria prevista para dicho tipo de contrato²⁵².

²⁵² Ejemplo tomado del Exp. N° 02246-2011-0-0401-JR-LA-01, Sentencia del 08 de abril de 2015, parte expositiva. Al respecto, podrían objetar que éste caso trata de un contrato civil con prestación de hacer no fungible, sin embargo, no puede revestir tal carácter porque el prestador de servicios en lo que respecta al elemento subordinación –que en éste caso también puede ser algo difuso– contaba con las facultades reservadas al empleador, las cuales a la vez constituyen un elemento natural del contrato de trabajo, y que por excepción se encuentran presentes en los trabajadores de dirección o de confianza. Es decir, los rasgos de laboralidad en los trabajadores de dirección o de confianza no se determinan muchas veces por la subordinación al poder del empleador sino por la cercanía a éste y el ejercicio de los poderes que el empleador comparte sin que ello involucre un cambio de posición en la relación contractual.

- b) Un prestador de servicios que es contratado por una institución todos los veranos mediante contratos de locación de servicios más no durante el resto del año. Aunque durante dicho periodo se aprecian diferentes rasgos de laboralidad²⁵³.

Aparentemente tendríamos las siguientes soluciones a los ejemplos antes mencionados:

- a) En el primer caso, de demandarse la desnaturalización del contrato de locación de servicios y la indemnización por despido arbitrario, en virtud del principio de primacía de la realidad, tal como se viene aplicando hasta el día de hoy, con la preferencia legal por el contrato a plazo indeterminado²⁵⁴, se optaría por el mismo, si es que previamente no se declara improcedente o inadmisibile la demanda por no “encontrarse” el petitorio conforme a la ley procesal de trabajo.
- b) En el segundo supuesto, dependiendo del caso y del tiempo de servicios, podría declararse la desnaturalización del contrato de locación de servicios, no obstante, correría similar suerte que en el caso anterior, y de ser admitida a trámite, podría declararse infundada.

Quizá a simple vista podemos apreciar la existencia de un contrato de trabajo –nadie dudaría de la prestación personal, remunerada y subordinada de servicios en ambos casos–, sin embargo, la preferencia por el plazo indeterminado puede servir de objeción a la procedencia,

²⁵³ Respecto de este ejemplo, cabe citar las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo correspondientes a los años 2012, 2013, 2014 y 2015, que señalan que es en el mes de enero cuando se suscriben la mayor cantidad de contratos modales. Tal es así que en el año 2012 a nivel nacional la cantidad de contratos temporales, accidentales y de obra o servicio determinado en el mes de enero fue de 242, 3 y 161 respectivamente, disminuyendo a 155, 2 y 83 en el mes de febrero, y aumentando a 163, 4 y 91 en el mes de marzo. Esta tendencia se ha visto de igual forma en el año 2013, pues en el mes de enero la cantidad de contratos temporales, accidentales y de obra o servicio determinado ascendían a 239437, 3508 y 139531 respectivamente, disminuyendo a 159480, 2586 y 108058 en el mes de febrero, y variando a 148384, 2154 y 91119 en el mes de marzo. En el año 2015 se repite esta tendencia, dado que en el mes de enero la cantidad de contratos temporales, accidentales y de obra o servicio determinado ascendían a 254, 4 y 40, en el mes de febrero varió a 167, 4 y 100, y en el mes de marzo a 197, 4 y 123. (Cfr. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Boletín Estadístico I semestre 2012*, Lima, pp. 61 y ss.; MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Boletín Estadístico I semestre 2013*, Lima, pp. 44 y ss.; MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Boletín Estadístico I semestre 2014*, Lima, pp. 49 y ss.; MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Boletín Estadístico I semestre 2015*, Lima, pp. 46 y ss.). Aunque estas estadísticas se refieren a la cantidad de contratos modales presentados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, nos permiten vislumbrar la frecuencia con la que se contrata temporalmente en los primeros meses del año, en especial durante el mes de enero. En ese sentido es posible que en mérito a tal frecuencia también se encubran contratos modales mediante contratos de locación de servicios.

²⁵⁴ El artículo 4° de la LPCL anota que en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un Contrato de Trabajo por tiempo indeterminado.; Cfr. M. BERNARDONI DE GOVEA, “Seguridad social...”, cit., pp. 421-422; Cfr. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La reforma laboral en América Latina*: ..., cit., p. 16.

admisión o fundabilidad de la demanda. Frente a la pérdida de terreno por parte del Derecho del Trabajo nos preguntamos cuál es la relevancia del plazo indeterminado en las pretensiones que puedan formular los trabajadores y si ello es óbice para que aún en contra de la misma realidad y los intereses de estos, merezcan la atención y amparo del Poder Judicial. Y más aún, si es óbice para que un contrato de locación de servicios pueda desnaturalizarse en un contrato de trabajo sujeto a modalidad.

Por los motivos expuestos es necesario que recapitulemos brevemente sobre los análisis y estudios comparativos realizados en los capítulos anteriores a fin de esclarecer la importancia del plazo indeterminado frente a los demás elementos contractuales.

2.1. Elementos comunes y diferencias entre el contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo sujeto a modalidad.-

En el segundo capítulo habíamos tratado las semejanzas y diferencias entre el contrato de trabajo y el contrato de locación de servicios, por lo que aquí haremos sólo una breve mención a las dos principales diferencias advertidas:

- a) El contrato de trabajo sujeto a modalidad tiene que observar la forma escrita –en lo que puede coincidir con el contrato de locación de servicios–, mientras que en el referido contrato civil tal formalidad no es obligatoria²⁵⁵, recordando además que en el segundo capítulo llegamos a identificar la causa objetiva de contratación con la causa fin del acto jurídico.
- b) El plazo en el contrato de locación de servicios por regla general está predeterminado –en lo que se asemeja al contrato de trabajo sujeto a modalidad–, y salvo excepciones ha de ser indeterminado. En cambio, en el contrato de trabajo por regla general el plazo es indeterminado y salvo excepciones es específico.

²⁵⁵ En ese sentido, recordamos que la formalidad escrita de los contratos modales, dada su excepcionalidad, responde al deber de consignar las causas objetivas, la duración del contrato y demás condiciones de trabajo a fin de evitar el ejercicio abusivo de la facultad de despido.

Tales diferencias no hacen sino invitarnos a resolver los siguientes problemas:

- a) Determinar si frente a la omisión de dicha formalidad, que consiste en señalar por escrito las causas objetivas de contratación que justifiquen el contrato modal, al igual un contrato de locación de servicios puede desnaturalizarse en un contrato de trabajo modal.
- b) Determinar la relevancia que el plazo, como elemento accidental pactado por las partes, pueda tener en la definición de dicho contrato.

En los siguientes acápites procederemos a responder los dos problemas antes advertidos.

2.2. La omisión de señalar la causa objetiva del contrato de trabajo sujeto a modalidad.-

En los acápites anteriores habíamos señalado que para la celebración de éste tipo de contratos la legislación prescribe la formalidad escrita, señalando las causas objetivas determinantes de la contratación así como las demás condiciones de la relación laboral²⁵⁶, y que en ese aspecto, es requisito formal que todo contrato temporal indispensablemente se sustente en una causa objetiva, también de naturaleza temporal, conforme al principio de causalidad, la cual debiera verificarse con anterioridad a la propia contratación²⁵⁷. En ese sentido, se entiende por causas objetivas de la contratación el motivo, razón o hecho determinante que lleva a contratar, ya sea por inicio de la actividad productiva, instalación de nuevos establecimientos, incremento de actividades, etc.

No obstante que hemos acogido una postura ecléctica que relaciona la causa del acto jurídico con el principio de causalidad de los contratos modales, algunos sostienen que esto no es posible toda vez que una cosa es la causa entendida como los requisitos objetivos que establece la ley y que a su vez justifican el contrato temporal –principio de causalidad– y otra es la causa entendida como el requisito de validez del acto jurídico. Al respecto, terminaremos de desarrollar nuestra postura, la cual servirá de clave hermenéutica para entender con mayor amplitud la función de la causa de los contratos modales. Si bien la causa ha de ser el requisito

²⁵⁶ D. Leg. 728, Art. 96º; D.S. 003-97 TR, Art. 72º.-

²⁵⁷ Cfr. E. ARCE ORTIZ, *La contratación temporal...*, cit., pp. 110-111.

fáctico contemplado por el ordenamiento jurídico de acuerdo al principio de causalidad, ésta también puede entenderse a la luz de la teoría de la causa-fin del acto jurídico, mediante los siguientes argumentos:

- a) En primer lugar, si las causas objetivas del contrato fueron establecidas por el legislador, y de por sí constituyen una justificación de la excepción a la regla general del plazo indeterminado, nos preguntamos si dichas causas –limitantes a su vez de la autonomía de la voluntad– obedecen a alguna circunstancia en específico o constituyen un capricho del legislador.

Como expresó el Tribunal Constitucional, si la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen pues al tener los contratos sujetos a un plazo por su propia naturaleza un carácter excepcional proceden únicamente cuando su objeto lo constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar²⁵⁸, entonces dichas causas no obedecen a un capricho del legislador sino a su propia naturaleza.

Asimismo, Taboada Córdova explica que el Derecho no puede prestar su apoyo a la prepotencia individual, al capricho, vanidad o fines fútiles sin importancia social, sino únicamente a los que a tenor de una determinada concepción social merezcan su protección²⁵⁹. Y si entonces tales requisitos no constituyen una arbitrariedad, no podemos sino relacionar tal naturaleza de la contratación a plazo fijo con una finalidad social perseguida por el Derecho²⁶⁰. Esto nos lleva a identificar el principio de causalidad con la causa del acto jurídico.

- b) Por otro lado, dentro de la teoría objetiva de la causa, no basta la función jurídica, determinada por el precepto legal, sino que es necesario entender la causa del contrato modal desde la perspectiva de la función económico-social, pues este contrato encuentra

²⁵⁸ Cfr. STC Exp. N° 1397-2001-AA/TC, del 09 de octubre de 2002, F.J. 3; Cfr. E. ARCE ORTIZ, *La contratación temporal...*, cit., p. 168.

²⁵⁹ L. TABOADA CÓRDOVA, *La causa del negocio...*, cit., p. 234.

²⁶⁰ E. ARCE ORTIZ Y J. NEVES MUJICA, *Código del Derecho Laboral...*, cit., p. 15.

justificación en hechos o fenómenos concretos de naturaleza económico-social que permiten considerar a su uso como algo razonable²⁶¹ frente a la regla general del contrato a plazo indeterminado. Por tal motivo, se hace necesario contrastar la causa del contrato con la realidad jurídica, social y económica a fin de hallar la justificación real, pues si no existe tal correspondencia, adicionada a la falta de trascendencia económico-social – lo que hace del contrato celebrado una irracionalidad–, puede resultar siendo una causa aparente o una falsa justificación para recurrir a la contratación modal²⁶².

- c) Partiendo de una teoría ecléctica o unitaria de la causa²⁶³, una vez comprendida la aplicación de la teoría objetiva al presente caso, tenemos que, aplicando los postulados de la teoría subjetiva, el motivo concreto, impulsivo y determinante de la celebración del contrato modal debe guardar relación directa e identificarse con los supuestos generales y abstractos contemplados por la ley para la celebración del contrato. En ese sentido, puede suceder que la motivación intrínseca del empleador sea escapar de la regla general de contratación a plazo indeterminado amparado en una causa falsa o aparente.

Tomando en cuenta los argumentos antes expuestos, tenemos que de no existir una correspondencia entre la norma jurídica y los hechos o fenómenos de naturaleza económico-social o los motivos subjetivos del empleador –que una vez conocidos implícita o explícitamente han de ser elevados a la categoría de finalidad contractual, por lo que se incluye también la convicción del empleador al recurrir a una figura excepcional como el contrato de trabajo modal–, es lógico entender la sanción impuesta por el Derecho Laboral al declarar la existencia de una relación a plazo indeterminado y no la nulidad del contrato o la invalidez total del mismo, pues dicha declaración solo afecta al plazo estipulado y la condición resolutoria. De esta forma podemos concluir la relación entre el principio de causalidad y la causa del acto jurídico.

Sin embargo, nos encontramos frente a un segundo problema: cuando en el instrumento contractual –de existir–, dadas las formalidades que impone la ley, no se expresan las causas

²⁶¹ M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., pp. 67-68.; Cfr. L. TABOADA CÓRDOVA, *La causa del negocio...*, cit., pp. 547-559.

²⁶² M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., pp. 67-68.

²⁶³ Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., p.695.

objetivas de contratación. Obviamente este problema requiere ser analizado de acuerdo a cada caso, pudiendo darse los siguientes supuestos:

Primer supuesto: En el instrumento contractual se señalan las causas objetivas de contratación –totalmente en correspondencia con la función económica-social y la finalidad contractual– en un instrumento que, no obstante los rasgos de laboralidad, “reviste” un carácter civil. Quizá en ésta situación no se requiera hacer un mayor análisis de la causa pues ésta fue debidamente consignada y lo único que se buscó eludir es el carácter laboral del contrato, por lo cual la solución sería convalidar éstas cláusulas o estipulaciones.

Segundo supuesto: En el instrumento contractual no se señala la causa del contrato pero, dada la conducta de las partes, las circunstancias, las labores realizadas²⁶⁴ y otros hechos a tomar en cuenta, de fondo se trata de un contrato modal. Esto acarrea, frente a la presunción de laboralidad y el plazo indeterminado, no tanto un problema de tipo “causal” –en el sentido que aquello que se discute es la falsedad de la causa pues en los acápites anteriores habíamos señalado que ésta también puede ser tácita– sino probatorio, es decir: frente a la omisión, demostrar la existencia de la causa. La pregunta es ¿quién tendrá que probar la existencia de la causa o temporalidad del servicio? ¿El empleador o el trabajador?

En el segundo capítulo, cuando tratamos el tema de la formalidad de los contratos modales, habíamos concluido que ésta era de tipo probatorio y no solemne, cuya observancia estaba principalmente dirigida al empleador a fin que éste no ejerciera en forma velada el despido arbitrario, sin perjuicio de que frente al incumplimiento del empleador respecto de dicha formalidad posteriormente y en forma excluyente el trabajador pueda alegar la causa y demostrarla. Al respecto consideramos que, obedeciendo al principio de veracidad que caracteriza al proceso laboral, la carga de la prueba, después de invertirse, ha de distribuirse entre las partes, pues frente a la afirmación que haga el prestador de servicios sobre el carácter laboral de su prestación, es el empleador quien, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba al contar con mayores posibilidades probatorias, tendrá que demostrar lo contrario. Al parecer aquí no hay mayor necesidad de análisis. Sin embargo, no podemos decir lo mismo

²⁶⁴ Cfr. E. ARCE ORTIZ, *La contratación temporal...*, cit., p. 203.

en forma absoluta respecto de la temporalidad de la prestación por dos razones, una de orden lógico-sustantivo y otra de orden lógico-procesal.

- a) La razón de tipo lógico-sustantivo estriba en que, si el contrato de locación de servicios es por regla general a plazo fijo y por excepción indeterminado, a diferencia del contrato de trabajo que es por regla general indeterminado y por excepción a plazo fijo, no se puede invertir la carga de la prueba hasta el punto de imponer al empleador el deber de demostrar una situación extraordinaria como el plazo indeterminado del contrato de locación de servicios.
- b) La razón de tipo lógico-procesal se refiere a que, si legalmente se presume el contrato de trabajo a plazo indeterminado, no es lógico que el empleador, pretendiendo huir del contrato de trabajo –sea modal o indeterminado– luego tenga que demostrar que éste era indeterminado –por otras razones que veremos en los siguientes puntos como la doctrina de los actos propios–. Por tanto, lo único que podrá y tendrá que demostrar es el carácter no laboral de la prestación, tal como suele ser en todos los casos.

En ese mismo orden, frente a la aplicación de tal presunción, en cualquier caso al empleador sólo le quedaría demostrar la causa objetiva de contratación (en el caso de la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad *ab initio* cuando se alega el fraude a la ley, como expresamos en el segundo capítulo) o la naturaleza civil o mercantil de las prestaciones.

Las objeciones antes señaladas nos llevan a la conclusión de que corresponde al prestador de servicios demostrar, no la laboralidad de su prestación pues ésta carga recae en el empleador, sino la temporalidad de la misma frente a la presunción relativa –o regla general– del plazo indeterminado que hace el ordenamiento jurídico. No olvidemos que la presunción que hace la legislación laboral no es *iure et de iure* sino *iuris tantum*²⁶⁵, y que la formalidad escrita deja constancia de la causa pero no la determina ya que ésta subsiste en la misma realidad.

²⁶⁵ D. Leg. 728, Art. 96º; D.S. 003-97 TR, Art. 72º; Cfr. J. GARCÍA VARA, “Existencia de una relación...”, cit., p. 180.

2.2.1. La coherencia entre la naturaleza de la prestación y la temporalidad del servicio a prestar.-

Partiendo del hecho de que las actividades empresariales versan sobre la venta de bienes o prestación de servicios, estas a su vez involucran la ejecución de determinadas tareas o fases que, dependiendo de su vocación de permanencia con relación al resultado, pueden ser permanentes o temporales. En ese orden, con relación al ciclo productivo, las necesidades estables han de oponerse y relacionarse con las transitorias sin excluir de plano a aquellas tareas que se consideren accesorias o complementarias y que también tengan una vocación de estabilidad.²⁶⁶ En tal sentido, de la necesidad o relevancia de la tarea a ejecutar se deriva el tipo de contrato a celebrar, por lo cual resulta ilógico fragmentar mediante varios contratos una labor con vocación de permanencia. Por estas razones es que se identifican en una misma línea la necesidad de la actividad, el carácter de las labores a realizar y la duración del contrato de trabajo, lo que tiene como consecuencia directa que conforme al principio de causalidad sólo se pueda recurrir a contrataciones modales cuando la naturaleza de las prestaciones así lo exija²⁶⁷.

Para los casos que hemos señalado como ejemplos, la abstracción estriba en determinar si los servicios prestados por el trabajador –según sea el caso y por su propia naturaleza–, valorando los medios probatorios ofrecidos por éste, son permanentes, temporales, ordinarios o extraordinarios²⁶⁸ y guardan relación con la temporalidad del servicio que éste alega. Sin embargo, como explicaremos en el siguiente punto, lo anterior no sería obstáculo para que el trabajador quiera invocar el límite del plazo pactado. En ese orden de ideas, si las limitaciones o restricciones al uso del contrato modal se encuentran dirigidas al empleador y no al trabajador

²⁶⁶ Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., pp. 160-161. Sobre la permanencia, estabilidad y transitoriedad: L. BARASSI, *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 226 y ss.

²⁶⁷ Según Pasco Cosmópolis, “la temporalidad de los contratos está, por ende, impregnada en la naturaleza de la prestación. (M. PASCO COSMÓPOLIS, “Los contratos temporales...”, cit., p. 497).

- Al respecto, Sempere Navarro expresa que en unas ocasiones se entiende que la necesidad productiva que motiva la contratación temporal está llamada a durar un plazo de tiempo relativamente corto, por lo que carece de sentido la contratación indefinida. (Cfr. A. SEMPERE NAVARRO, “La contratación temporal y el estatuto...”, cit., pp. 158-159).

- Villavicencio Ríos señala que es imprescindible que exista una congruencia entre el carácter de las labores a realizar y la duración del contrato de trabajo, de manera que se respete el principio de causalidad en la contratación temporal, pues solo se puede recurrir a vínculos laborales a plazo fijo cuando las labores a realizar tienen la misma característica. (Cfr. A. VILLAVICENCIO RÍOS, “Prólogo”, en E. ARCE ORTIZ, *La contratación temporal...*, cit., p. 13).

²⁶⁸ Cfr. C. TORRES TAFUR, “¿La mera indicación de la causa objetiva vulnera el derecho al trabajo? Exigencias del Principio de Causalidad en la contratación a plazo fijo a propósito del voto mayoritario recaído en el Exp. N° 02766-2010-PA/TC”, *IUS Revista de Investigación Jurídica. Volumen I*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, (Enero 2011), p. 7.

–para quien por el contrario operan las presunciones favorables– dado que se busca tutelar al segundo, en consecuencia no existe impedimento alguno para que el prestador de servicios afirme que se ha encubierto un contrato modal (como el contrato intermitente o de temporada, en los cuales no se invoca el plazo en sí sino el tipo de prestación que por su naturaleza puede ser permanente pero discontinua, o repetirse en determinadas épocas), sin embargo tendrá que acreditar la causa de éstos contratos con base en los criterios antes expuestos.

2.3. La validez o importancia del plazo pactado como elemento accidental del contrato.-

El plazo, como mencionamos en el segundo capítulo, constituye un elemento accidental del acto jurídico, en cuya determinación a veces intervienen las partes del contrato y en otros interviene la ley, siendo que ésta estipulación indica el momento desde el cual se inicia o finaliza la eficacia del acto jurídico.

Si bien es cierto su determinación en el ámbito civil es menos restringida que en el ámbito laboral –pues éste último otorga mayores limitaciones y condiciones al respecto–, en ambos casos el plazo siempre es un elemento accidental del acto jurídico aunque en el contrato de trabajo el plazo indeterminado constituya una sanción al dolo o culpa del empleador pues, en beneficio del trabajador y partiendo de la causa del contrato, se protege la estabilidad en el empleo de acuerdo a la realidad contractual y económica. A causa de ello, es el trabajador quien en el marco de la inestabilidad en el empleo que resulta de la simulación o el fraude, al invocar la aplicación del principio de primacía de la realidad espera que se haga efectiva la presunción de laboralidad –referida expresamente a los elementos esenciales y naturales del contrato, en el orden de las normas imperativas– y en forma accesorio, dependiendo del caso, la presunción del plazo indeterminado, aunque la ley permita prueba en contrario.

Asimismo, consideramos que el plazo indeterminado no puede constituir un elemento esencial del contrato de trabajo por el siguiente motivo: Si éste fuera esencial al referido contrato, en primer lugar la norma laboral –fiel reflejo del orden público– no admitiría prueba en contrario ni contemplaría modalidades o excepciones a esta. De ser así tendríamos que

preguntarnos cómo es posible considerar de orden público algo que acepta prueba en contrario. A todas luces, ésta posibilidad se muestra inadmisibles²⁶⁹.

En tal sentido, la referida presunción no obedece a la esencialidad del contrato sino a la necesidad de protección que busca satisfacer la ley y a la vocación que tengan las labores prestadas, es decir, frente a la “libre autonomía” de las partes, ella en forma tuitiva y supletoria se sustituye a los sujetos del contrato para proteger a la parte más débil cuando ésta última invoca el plazo indeterminado, pero no por esa sustitución que haga la ley quiere decir que el plazo pierda su condición de elemento accidental del acto.

Ahora, para el problema que nos interesa la pregunta es: frente a la presunción legal, ¿puede el prestador de servicios –en el contexto del despido arbitrario– invocar el plazo máximo de duración del contrato si es que previamente consintió en ello²⁷⁰? Creemos que sí, pues al ser un elemento accidental del contrato, es el trabajador quien, sin dejar de lado la presunción de laboralidad –que obedece a la esencia del acto jurídico y al orden público– reconoce que consintió en el plazo y expresa que ese término del contrato, junto a su conducta en la ejecución de la prestación, sí es real y desea hacerlo efectivo pues no requiere tutela en éste extremo ya que la presunción del plazo indeterminado –que como mencionamos antes, tiene carácter supletorio– se hace innecesaria, es decir, sólo invoca tutela en el extremo que, interesando al

²⁶⁹ Consideramos que la causa de tal confusión obedece a que se identifica el plazo indeterminado con la finalidad protectora de la norma laboral que, además de reconocer el verdadero contrato de trabajo, al sancionar la desnaturalización con el plazo indeterminado, tiene por objeto tutelar la estabilidad del trabajador en relación con la vocación de permanencia que tienen sus actividades, pues éstas se identifican con el giro de negocio del empleador, quien se beneficia de dichos servicios.

- No obstante, se considera que un contrato de trabajo puede ser de duración determinada si las partes han fijado, por mutuo acuerdo, un plazo de duración, el cual a su vez dependerá de un término convencional, la conclusión del trabajo determinado o de la realización de cierto acontecimiento susceptible de valoración aproximada. (Cfr: A. DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, “Los contratos de trabajo...”, cit., p. 204).

- Por otro lado, Plá Rodríguez menciona que, tomando en cuenta que la primacía de la realidad se ha establecido en beneficio del trabajador, si excepcionalmente el documento escrito indicara un nivel de protección superior al que corresponde a la práctica, el trabajador tendría el derecho de exigir el cumplimiento de dicho contrato, pues en este caso no se trata de un desajuste entre la ficción de un documento y el dato de la realidad, sino del desacuerdo entre el compromiso contraído y el modo cómo se ha cumplido –en palabras del autor “mejor, si no se ha cumplido”–. Asimismo, éste marcaría el nivel jurídico mínimo de protección. En consecuencia, “[la primacía de la realidad] no puede servir para justificar, disculpar u homologar el incumplimiento del derecho, invocando la efectividad de la infracción. Al contrario, sirve para elevar ese nivel si en la práctica se ha operado una situación de la cual se derivan derechos más altos o más numerosos”. (Cfr: A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 338-339).

²⁷⁰ Al margen de los fundamentos que se expondrán posteriormente, consideramos que, en forma analógica al contrato de locación de servicios, el locador puede invocar el cumplimiento del plazo máximo a fin de evitar la prolongación eterna del contrato. En todo caso, recomendamos revisar el análisis hecho en el segundo capítulo respecto del plazo del contrato de locación de servicios.

orden público por versar sobre la naturaleza del contrato, no pudo negociar con el empleador por tratarse de un contrato por adhesión²⁷¹, mas no en cuanto a los plazos porque desea que éstos se hagan efectivos.

Son las mencionadas consideraciones las que nos permiten concluir que aplicar la presunción de laboralidad a plazo indeterminado, en contra de la invocación que hace el trabajador, constituye una imposición –por cierto vejatoria– de la ley a la voluntad de éste, que además no obedece a la finalidad de protección invocada toda vez que éste es víctima del despido arbitrario y las legítimas expectativas económicas se ven frustradas respecto de ese plazo previamente fijado, de acuerdo a los ejemplos expuestos al principio²⁷².

Finalmente, aclaramos que la aplicación del principio de primacía de la realidad, en cuanto al plazo, no significa que para el Derecho Laboral no tengan validez las estipulaciones contractuales dentro del ámbito admitido por la ley sino que éstas son eficaces en la medida en que se acredite que no se ajustan a la imperatividad del Derecho del Trabajo o a lo que las partes actuaron en forma expresa o tácita en el cumplimiento de sus deberes, dejando abierta la posibilidad de que ellas puedan ser desvirtuadas por medio de la prueba que debe ofrecer quien acredite la falta de veracidad, a menos que lo pactado sea tan burdo que por una simple presunción haya que desechar su eficacia²⁷³.

En otras palabras, si el trabajador frente a la celebración del contrato de locación de servicios y el posterior despido arbitrario sólo desea hacer efectivo el plazo al que se obligó nada obstaría para tal propósito, sin que exista la necesidad de acreditar la causa objetiva de contratación –que reiteramos, es una forma probatoria dirigida principalmente al empleador, de lo que a consecuencia de su incumplimiento derivan las consecuencias procesales negativas– porque

²⁷¹ Cfr. V. ROPPO, *El contrato*, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2009, 1ª ed., pp. 437, 447.

²⁷² Al respecto, podría oponerse a lo que acabamos de sostener el argumento del principio de continuidad, por el cual importaría principalmente mantener o conservar el vínculo laboral en beneficio del trabajador. Sin embargo, como señala Plá Rodríguez, el principio de continuidad puede no ser invocado ni ejercido por el trabajador si por cualquier circunstancia prefiere no invocarlo. En tal supuesto, tampoco se presenta como obstáculo el problema de la irrenunciabilidad, porque de ser así, el plazo [indeterminado] operaría como una limitación para el trabajador, con la consecuencia de encontrarnos frente al proscrito contrato de por vida. Más aún, se sometería al trabajador –en contra de su voluntad– a tolerar un vínculo contractual fracturado que por su propia naturaleza involucra un contacto personal con su empleador. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 220, 244). El referido argumento nos permite concluir que con la oposición de dicho principio se estaría contraviniendo además su espíritu que es operar en favor del trabajador.

²⁷³ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 272-273.

para éste caso no importa la continuidad de la relación laboral conforme a la modalidad sino la indemnización por el despido en un contrato a plazo fijo, el cual es invocado por el prestador de servicios previa fijación por el empleador, quien tenía la ventaja en la relación contractual. Sin embargo aclaramos que éste argumento no podría ser utilizado por el trabajador en aquellos casos en que la prestación personal de servicios haya excedido el plazo contractual acordado – sin que medie otro contrato o prórroga– o los plazos máximos legales. Es decir, de celebrarse un contrato de locación de servicios, ciertamente el trabajador frente al despido arbitrario podrá demandar la desnaturalización del contrato y la indemnización por el plazo pactado. Pero de existir una prórroga del contrato civil, el trabajador podría optar por demandar la indemnización por el tiempo dejado de laborar hasta el vencimiento de esta, o –dependiendo de la vocación de permanencia de la prestación ejecutada– demandar la desnaturalización del contrato en uno a plazo indeterminado y la consecuente reposición o indemnización por despido arbitrario.

2.3.1. La manifestación de voluntad como criterio orientador en la interpretación del contrato.-

Dado que el acto jurídico crea, modifica, regula y extingue relaciones jurídicas, su objeto de interpretación es la manifestación de voluntad²⁷⁴. En ese orden, el plazo obedece a una manifestación de voluntad que puede ser conocida en forma directa –mediante el instrumento– o en forma indirecta –mediante la conducta seguida por las partes–. Aplicando lo dicho por Borda, no hay mejor interpretación de las normas establecidas en un contrato o en un negocio jurídico que la propia conducta seguida por las partes. Estas conductas importan una declaración expresa de voluntad de las partes que, sin dar nacimiento a un nuevo negocio, se limitan a dar un sentido interpretativo a lo convenido anteriormente²⁷⁵.

Por otro lado, las limitaciones a la voluntad –en lo que respecta a la naturaleza del contrato de trabajo– no extirpan la posibilidad de consensuar las normas del contrato individual y concebir un pacto derivado de la voluntad común de las partes, sin dejar de lado que aunque el trabajador conserva la libertad de pacto, el poder de dirección del empleador y la necesidad

²⁷⁴ Cfr. A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico...*, cit., pp. 400, 417, 425.

²⁷⁵ A. BORDA, *La teoría de los actos propios*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, 4ª ed., p. 143.; Cfr. V. ROPPO, *El contrato...*, cit., p. 447.

económica del trabajador hacen que la voluntad no sea tan autónoma como debería²⁷⁶, no obstante, como expresa Alonso Olea, la voluntad como sujeto influye sobre su trabajo como objeto²⁷⁷.

2.4. Otros principios conexos.-

Después de dar solución a los problemas de la omisión en señalar las causas objetivas de contratación que justifiquen el contrato modal y la validez o importancia que se puede dar al plazo, como elemento accidental pactado por las partes, se hace necesario tomar en cuenta otros principios o criterios jurídicos con el objetivo no solo de dar un mayor sustento a nuestra tesis sino de evitar un análisis sesgado o marginado del ordenamiento que lleve a contradicciones.

En efecto, aplicar un principio jurídico en desmedro de otros bajo una perspectiva de “mandato de optimización”²⁷⁸ involucraría realizar una ponderación de criterios y principios que si bien es cierto lleva a la resolución de un conflicto, a su vez significa la elección de un bien jurídico a costa del diferimiento o anulación de otro²⁷⁹. Del mismo modo, una ponderación de criterios o principios –a costa de llegar a una solución injusta– no hace sino vulnerar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico toda vez que, como expresamos a inicios del segundo capítulo, los principios –al igual que los derechos– realmente se orientan según una finalidad de protección de la vida humana y regulación de la convivencia social²⁸⁰.

²⁷⁶ Cfr. M. CASTILLO SERRANO, “El poder negocial del trabajador...”, cit., p. 296.

²⁷⁷ M. ALONSO OLEA, *Introducción al derecho...*, cit., p. 110.

²⁷⁸ Esta perspectiva, planteada por Alexy, considera que los principios son normas que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible, pudiendo ser cumplidos en distintos grados de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. En ese orden de ideas, las posibilidades jurídicas implican que cuanto mayor sea el menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro, a la vez que toda colisión de principios se entiende como una colisión de valores que ha de ser resuelta, en un orden débil, sobre la base de condiciones de prioridad, un sistema de estructuras de ponderación y un sistema de prioridades prima facie. (Cfr. R. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México 3ª reimp. 2006, pp. 14-19).

²⁷⁹ Cfr. F. TOLLER, “Metodologías para tomar...”, cit., p. 112.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 180. En el mismo orden, para el autor las afirmaciones sobre la imposibilidad de colisión entre los derechos y su necesaria armonía, pueden obtenerse, además, tras la consideración de hechos que pueden inteligirse antes de su constatación inductiva, a partir de que: 1) tras los derechos está el hombre, y por ello rezagar un derecho es postergar a una persona; 2) todos los derechos humanos guardan relación con el modo de ser propio del hombre, ya que son el modo de efectivizar algunas exigencias que garantizan al ser humano una vida digna; 3) los derechos, como tienen relación con la naturaleza humana, son medios que confluyen en la misma dirección, aquella de la realización de los fines de la persona; 4) los fines del hombre, a su vez, no implican exigencias contradictorias o enfrentadas, ya que el ser humano es básicamente una unidad. (pp. 179, 197). Al respecto, consideramos que este planteamiento es extrapolable al ámbito de los principios. (Cfr. R.L. VIGO, *Los principios jurídicos...*, cit., pp. 184-186).

Efectivamente, partiendo del hecho de que todo principio cuenta con una dimensión individual y al mismo tiempo otra comunitaria o institucional²⁸¹, tenemos que la primacía de la realidad no opera de forma independiente sino en comunión con otros principios, atendiendo en todos los casos a tres exigencias: las que tienen que ver con su propia naturaleza, las que tienen que ver con las circunstancias en las que se invoca o ejerce y aquellas que velan el interés de los otros²⁸², por lo que con base en éstas, de su aplicación no pueden resultar contradicciones con otros principios jurídicos como el de buena fe, conservación del acto o la doctrina de los actos propios, como desarrollaremos a continuación.

2.4.1. El principio de buena fe.-

Anteriormente habíamos señalado que por el rasgo ontológico de la socialidad el hombre es capaz de unirse a otros y generar vínculos de confianza y seguridad, fuente de la virtud de la lealtad. Dicha confianza se hace presente en el mundo del Derecho mediante el principio de la buena fe, que como deber propio y exigencia para con los demás ha de proteger la creencia y seguridad generadas respecto del actuar recto y honesto –concretado en una conducta coherente– con el que las personas deben conducirse en toda relación jurídica. Si no fuera por la buena fe, la vida social sería un castigo impuesto al hombre si es que no algo imposible y el solo intento algo intolerable, y las relaciones jurídicas un gran azar²⁸³. A su vez, como señala Borda, este principio impone que los contratos sean interpretados de acuerdo con lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión²⁸⁴.

El deber de la buena fe adquiere en el contrato de trabajo una capital importancia porque éste contiene una relación de duración continuada y más personal que otras de diferente naturaleza, lo que acentúa con mayor fuerza la exigencia de un trato correcto y leal entre los

²⁸¹ Cfr. R.L. VÍGO, *Los principios jurídicos....*cit., p. 190.

²⁸² *Ibidem*, p. 190.

²⁸³ Por el motivo antes mencionado es que cabe citar la postura de Pacheco Zerga, quien considera que la dignidad humana, en el ámbito contractual, se manifiesta en el deber de buena fe, y éste como criterio hermenéutico permanece inalterable frente a la continua transformación de los métodos y sistemas de trabajo que tienden a convertir en obsoletas aquellas medidas reglamentarias. En consecuencia, al ordenarse a lograr lo materialmente justo en las relaciones jurídicas, no solo constituye un deber moral sino que además constituye un deber jurídico que proviene de la igual dignidad de aquellos con quienes la persona se relaciona en virtud del contrato de trabajo. (Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., pp. 49-55).

²⁸⁴ A. BORDA, *La teoría de los actos...*, cit., p. 129.

sujetos pues dicha relación, por ser de tracto sucesivo, se prolonga en el tiempo²⁸⁵. Asimismo, por tratarse de una relación jurídica que en mérito a su contenido personal interesa al orden público, con el incumplimiento del deber de buena fe se frustran o defraudan expectativas sociales de justicia que a su vez importan al bien común. En éste contexto, al interpretar la conducta “honrada” de las partes contratantes, se hace énfasis en la conducta del trabajador, toda vez que éste es quien, a pesar de la desigualdad económica con su empleador, confía en que él honrará sus obligaciones.

El problema de la simulación del contrato de locación de servicios, en relación con el deber de buena fe, adquiere diversos matices. Partiendo del presupuesto de la desigualdad económica, el trabajador se adhiere al contrato “propuesto” u “ofertado” por el empleador, sin importar su denominación²⁸⁶. Por tanto, lo mínimo que éste espera es que el empleador pague la remuneración durante el tiempo pactado o cumpla aquellos términos que constan “expresamente” en el contrato, sin importar el pago de los beneficios laborales, que incluso podría desconocer de su existencia o exigibilidad a raíz de la simulación contractual. No obstante, como en la simulación relativa lo pretendido es huir de la imperatividad de la norma laboral –que por sus prescripciones en favor del trabajador se presume como fuente y medida de la justicia social y que a su vez requiere de la buena fe–, entonces, con la simulación de antemano se prevé el perjuicio del trabajador y se menoscaban los fines de la justicia social por el solo hecho de no celebrar adecuadamente el contrato de trabajo para evitar la protección que la norma laboral otorga²⁸⁷. Por éste motivo es que el principio de primacía de la realidad adquiere protagonismo al recuperar en favor del Derecho del Trabajo, y por ende del trabajador, todas aquellas prestaciones que, obedeciendo a la naturaleza de contratos modales, se encubrieron con la locación de servicios.

²⁸⁵ Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., pp. 50-51.

²⁸⁶ Cfr. M. MENDIBURU MENDOCILLA, *Contratos de trabajo...*, cit., pp. 16-17.

²⁸⁷ Como señala Vásquez Vialard, la justicia social no actúa como un criterio adicional a utilizar para cubrir las lagunas legales sino que constituye una directriz de todo el ordenamiento jurídico laboral al orientar su tarea interpretativa. (Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 142).

- En ese sentido, Perone afirma que la justicia social reclama superar las disparidades entre los ciudadanos no sometándose exclusivamente a las fuerzas del mercado. (Cfr. G. PERONE, “Crisis económica y Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, N° 08, (Diciembre 2009), p. 54).

- Sobre las concepciones de justicia social: N. DE BUEN LOZANO, *Derecho del trabajo. Tomo I...*, cit., pp. 78-81.

Sin perjuicio de lo que acabamos de exponer, la vulneración del principio de buena fe se vuelve más notoria cuando a la simulación le sobreviene el despido nulo o arbitrario antes del cumplimiento del plazo inicialmente pactado. Si bien es cierto que un remedio previsto por la norma laboral es la declaración de existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, pudiendo derivarse de esto la reposición en el empleo o la indemnización por cada año efectivamente laborado, atendiendo a la segunda consecuencia, ésta no resulta suficiente por el siguiente motivo: Producto de la buena fe y en mérito al rasgo ontológico de la racionalidad²⁸⁸, en el caso del trabajador se generan expectativas a mediano y largo plazo, y para el supuesto que ahora tratamos, cada mes que faltaba para el vencimiento del contrato es una expectativa frustrada que en materia económico-jurídica merece evidentemente una mayor indemnización que en los contratos a plazo indeterminado²⁸⁹. Por ese motivo, si el trabajador optara por la indemnización por despido –tratando de hacer efectivo el plazo inicialmente fijado por el empleador–, al calcularse sobre el supuesto de los contratos a plazo indeterminado, dejando de lado las expectativas económicas frustradas representadas en cada mes dejado de laborar, se vulnera el principio de buena fe –a la vez que se “premia” la mala fe del empleador, que tenía el deber de: 1) celebrar los contratos de trabajo de acuerdo a las formas correspondientes y 2) cumplir las obligaciones laborales–, siendo que la buena o mala fe en el ámbito jurídico tienen consecuencias patrimoniales, aunque dichas consecuencias no la agotan²⁹⁰. Por cierto que en éste último supuesto si bien es cierto tiene su punto de partida en una simulación relativa, se acaba privilegiando el fraude a la ley en el sentido que la norma evitada por el empleador es la que concede una mayor indemnización a los contratos modales para lo cual se ampara en el reconocimiento de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

²⁸⁸ Invocamos este rasgo ontológico en el sentido que sólo el ser humano es capaz de trazarse metas y fines, proyectándose hacia el futuro. Por éste motivo, con las proyecciones legítimas que resultan defraudadas no sólo vulnera la buena fe o la socialidad, sino que éstas se extienden también a la racionalidad humana.

²⁸⁹ Al respecto, los montos indemnizatorios varían por la base de cálculo, en el contrato a plazo indeterminado es una remuneración y media por cada año de servicios con un tope de doce remuneraciones, en el contrato a plazo fijo es una remuneración y media por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un tope de doce remuneraciones.

²⁹⁰ Complementamos éste punto con la anotación hecha por Pacheco Zerga, quien señala que la ilicitud de la acción no deviene del daño patrimonial causado sino por la pérdida de confianza que ocasiona tal comportamiento y convierte en inviable la convivencia propia del ámbito laboral. (Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana*..., cit., p. 65).

2.4.2. La doctrina de los actos propios en el contexto de la relación laboral.-

Como señaló Estigarribia Bieber, “la doctrina de los propios actos es aquella en virtud de la cual cada una de las partes de una relación jurídica tiene el deber de actuar coherentemente, generando, con ello, en la otra, confianza basada en la previsibilidad de su accionar²⁹¹.” Dicha doctrina se relaciona con el principio de buena fe en el sentido que ambas tienen como presupuesto la confianza generada entre las partes y que a su vez es fuente de la verosimilitud en su actuar, por esa razón el libre ejercicio de un derecho puede verse limitado cuando va en contra de la propia conducta de su titular, actuando de forma incoherente, esto es, de mala fe²⁹². De esta forma, la conducta practicada por una persona en un determinado momento además de volverse vinculante restringe aquellas actuaciones posteriores que pretendiendo hacer valer un derecho resulten contradictorias a ésta, caso contrario se estaría traicionando la confianza inicialmente depositada. Igualmente, su aplicación no se limita al ámbito sustantivo o de las relaciones privadas sino que además se extiende al ámbito procesal –lo que es entendido en el Derecho anglosajón como *estoppel*– ya que impide al litigante formular alegaciones en contra del sentido de su anterior conducta²⁹³, con amplias repercusiones de carácter decisivo en el trámite de los procesos judiciales²⁹⁴.

Para el Derecho Laboral, ésta doctrina supone una aplicación más estricta y restringida por la influencia que tienen el principio protector y el de irrenunciabilidad de derechos respecto del trabajador. Sin embargo, cobra mayor importancia respecto del empleador debido a que éste goza del poder de dirección o *ius variandi*, a diferencia del trabajador que actúa por el vínculo de subordinación. Es decir, debido a que el empleador tiene una posición dominante en la relación laboral, todo ejercicio que haga de ella reviste un carácter vinculante que a su vez ha de restringir las actuaciones posteriores, de lo que resulta una aplicación más estricta de dicha doctrina que a la vez acentúa los deberes inherentes a su posición contractual.

²⁹¹ M. ESTIGARRIBIA BIEBER, “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo IX*, Universidad Católica de Córdoba, Alveroni Ediciones, (2007-2008), p. 63.

²⁹² Cfr. J. PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2013, pp. 125-126.

²⁹³ Cfr. J. PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe...*, cit., p.126; Cfr. A. BORDA, *La teoría de los actos...*, cit., pp. 26-27; Cfr. M. CASTILLO FREYRE Y R. SABROSO MINAYA, *La teoría de los actos propios*, Marzo 2006, 1ª ed., pp. 38-40.

²⁹⁴ A. BORDA, *La teoría de los actos...*, cit., p. 56.

Hace poco incidimos en la existencia de razones de orden lógico-sustantivo y lógico-procesal. Concretamente, respecto de éstas últimas, habíamos señalado que, si legalmente se presume que en toda prestación personal de servicios, subordinada y remunerada existe un contrato de trabajo a plazo indeterminado, no es lógico que el empleador, pretendiendo huir del contrato de trabajo –sea modal o indeterminado– mediante la celebración de contratos de locación de servicios, luego de encubrir un contrato de trabajo sujeto a modalidad alegue que el contrato civil en realidad era un trabajo a plazo indeterminado con el objetivo de evitar la aplicación de la norma indemnizatoria prevista para los contratos modales. En consecuencia, el empleador tendrá que mantenerse en la demostración del carácter civil del contrato²⁹⁵.

2.4.3. El principio de conservación del acto jurídico.-

Anteriormente habíamos mencionado que, frente a los ejemplos de desnaturalización, era muy probable que, dada la preferencia por el contrato a plazo indeterminado, se opte por el mismo en el fallo jurisdiccional, si es que previamente no se declara improcedente, inadmisible o infundada la demanda por no “encontrarse” el petitorio conforme a la ley procesal de trabajo (o por no ajustarse a la preferencia por el plazo indeterminado). En ese sentido, es menester invocar el principio de conservación del acto jurídico que encuentra sentido en el hecho que “con la celebración del acto las partes tienden siempre a conseguir algún resultado práctico social o económico y no para que no produzca ningún resultado²⁹⁶.” De ahí que:

- 1) De no “ajustarse” el petitorio de declaración de existencia de un contrato de trabajo sujeto a modalidad, deba propenderse por la interpretación según la cual el acto celebrado, conforme a su esencia, produzca efectos jurídicos, antes que por aquella por la cual no tendría ningún efecto. Es decir, el resultado de la interpretación debe garantizar el resultado útil del acto, pues frente a la duda, el intérprete debe optar por la validez de tal modo que subsista la eficacia del acto²⁹⁷. Este deber se acentúa aún más si es que

²⁹⁵ Por otro lado, recordando que la invocación hecha por el trabajador respecto del plazo máximo pactado y la norma indemnizatoria prevista para los contratos a plazo fijo constituye a su vez una renuncia al puesto de trabajo por parte de éste – en torno también a la solvencia económica del trabajador, que daría un significado práctico a ésta pretensión–, no es posible, con mayor razón, que posteriormente el empleador invoque el principio de continuidad para oponerse a la referida renuncia. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo*..., cit., p. 220).

²⁹⁶ A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico*..., cit., p.435.

²⁹⁷ A. TORRES VÁSQUEZ, *Acto jurídico*..., cit., p.435.

tomamos en cuenta que, siendo el objeto de dicha relación jurídica la misma actividad humana, es imposible retrotraer el estado de las cosas y que en todo momento el empleador se ha beneficiado de la prestación personal de servicios, por lo cual se vuelve imperativo reconocer a toda costa el contrato de trabajo.

- 2) En vista de los aspectos y argumentos antes desarrollados, la conservación del acto jurídico laboral no se realice con total ligereza sino tomando en consideración todos los criterios que impone una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad, con el objetivo de alcanzar la paz social en justicia.

3. El cumplimiento de la finalidad mediata del principio de primacía de la realidad.-

A lo largo de la presente investigación hemos incidido en que el reconocimiento del contrato de trabajo no obedece a una perspectiva meramente contractual que cumpla en forma deficiente la finalidad inmediata del principio de primacía de la realidad sino que se hace necesario retomar la protección de la dignidad humana como finalidad mediata del referido principio, de lo que resulta la imposición de la ética al derecho y la economía a través de las normas jurídicas²⁹⁸.

En el tercer capítulo habíamos señalado que con la aplicación del principio de primacía de la realidad se tutelan principalmente cuatro rasgos ontológicos, los cuales, en relación con los casos que hemos citado como ejemplo, han de expresarse de la siguiente forma:

- a) En cuanto a la racionalidad e incomunicabilidad, tenemos que el encubrimiento del contrato de trabajo, al margen del perjuicio antes advertido, involucra la cosificación del trabajador, toda vez que al quedar desprotegido por la norma laboral, es más propenso a los abusos por parte del empleador, comenzando porque éste puede ejercer la facultad de despido en forma arbitraria, siguiéndole a ello la omisión a las contraprestaciones económicas a las que el trabajador por su misma puesta en acción se hace acreedor debido al riesgo personal que asume en favor del empleador y las necesidades personales y familiares que es incapaz de satisfacer.

²⁹⁸ Cfr. M. GARMENDIA ARIGÓN., “Valores y principios...”, cit., p. 56.

Por otro lado, como estos rasgos ontológicos determinan la presencia del elemento personal en el referido contrato, en el caso del trabajador se generan expectativas a mediano y largo plazo dado que éste es capaz de trazarse fines y metas en proyección hacia el futuro, que tampoco pueden tratarse vanamente como el mero promedio de los demás hombres, las cuales con el solo ejercicio del despido arbitrario han de verse defraudadas toda vez que el trabajador es tratado como una cosa, lo que por ningún motivo puede permitir o fomentar la norma laboral. En consecuencia, la presunción de laboralidad y la norma indemnizatoria a aplicarse en virtud de la primacía de la realidad tienen que servir a los fines legítimamente trazados por el trabajador en vez de erigirse como un medio de opresión e injusticia.

- b) En cuanto a la socialidad y juridicidad, tenemos que con el encubrimiento del contrato modal se frustran las expectativas sociales fundadas en la dignidad humana por el solo hecho de evadir la aplicación de la norma laboral, y es que en ambos casos (sea en el del simple encubrimiento o en el que involucra el posterior despido antes del vencimiento del plazo) ya existe una predisposición al perjuicio del trabajador, lo que representa un atentado contra el orden social. Del mismo modo, con el encubrimiento se sustraen de la esfera jurídica del trabajador los frutos que derivan tanto de su esfuerzo como de la norma jurídica que los otorga, a la vez que las frustradas expectativas en la duración del contrato a plazo fijo se vuelven exigibles por el costo de oportunidad y el lucro cesante a consecuencia del despido arbitrario. Asimismo, la juridicidad implica la proscripción de toda forma de fraude que frustre las finalidades del Derecho Laboral, proscripción que a la vez se extrapola a la aplicación de la primacía de la realidad.

Por tal motivo, la presunción de laboralidad y la norma indemnizatoria a aplicarse en virtud de la primacía de la realidad tienen que reivindicar en favor del prestador de servicios todos aquellos frutos que se han obtenido a causa de la actividad del trabajador o de la norma jurídica (que presupone dicha actividad personal), evitando a toda costa cualquier resultado fraudulento que atente contra el orden público laboral.

Por los fundamentos antes expuestos, cuando el juzgador evalúe la posibilidad de desnaturalización del contrato de locación de servicios en un contrato sujeto a modalidad, no sólo ha de recurrir a fundamentos de carácter jurídico o fáctico –finalidad inmediata– sino que ha de regirse conjuntamente por el criterio de respeto a la dignidad humana –finalidad mediata– pues no es posible que, de limitarnos a cumplir solamente la finalidad inmediata del principio de primacía de la realidad, se institucionalice en forma paradójica el fraude laboral.

4. Consecuencias de la interpretación finalista del principio de primacía de la realidad.-

Al principio habíamos citado los siguientes casos como ejemplo:

- a) Un prestador de servicios es contratado por una empresa constructora mediante un contrato de locación de servicios para desempeñarse como trabajador de dirección en una determinada obra durante el plazo de 01 año. No obstante, la naturaleza de su profesión y prestación, sin dejar de lado las propias expectativas, son de carácter temporal, y se le cursa una carta de resolución del contrato al quinto mes de iniciada la prestación. A consecuencia de ello interpone una demanda de indemnización por despido arbitrario solicitando previamente el reconocimiento de una relación laboral sujeta a modalidad y la aplicación de la norma indemnizatoria prevista para dicho tipo de contrato.
- b) Un prestador de servicios es contratado por una institución educativa todos los veranos mediante contratos de locación de servicios con el objetivo de enseñar durante dichas épocas más no durante el resto del año. Sin embargo, firma entrada y salida de la institución y cursa informes a la jefatura, entre otros rasgos sintomáticos de laboralidad que puedan apreciarse.

Después del estudio pormenorizado de las semejanzas y diferencias de los contratos de locación de servicios con los contratos de trabajo sujetos a modalidad, tomando en cuenta presupuestos no sólo jurídicos sino fácticos, podemos concluir lo siguiente:

- a) Dada la presencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo –prestación personal, remunerada y subordinada de servicios– en ambos casos, no cabe duda que la relación civil se encontraba desnaturalizada y nos encontramos frente a una de carácter laboral.
- b) La preferencia por el plazo indeterminado, aun como opción generalizada, no puede servir de objeción o limitante de la procedencia, admisión o fundabilidad de la demanda de desnaturalización que se plantee. La sanción que hace la norma laboral respecto del plazo indeterminado en sí tiene una naturaleza supletoria (pues éste en sí no requiere ser alegado por el prestador de servicios) que incide sobre un elemento accidental del acto jurídico y no sobre un elemento esencial. El plazo no determina la esencia del contrato, y menos aún tiene relevancia para que la pretensión del prestador de servicios merezca la atención y amparo del Poder Judicial. Y la alegación que haga el prestador de servicios respecto al plazo determinado o la modalidad encubierta, que escapa de la presunción general, requerirá ser demostrada por el trabajador, sin perjuicio que la carga de la prueba haya de ser distribuida o trasladada a la parte que, en determinados supuestos o respecto de determinados medios probatorios, se encuentre en una mejor posición de probar, con el objeto de hallar la verdad²⁹⁹.

En conclusión, un contrato de locación de servicios –dejando de lado la preferencia por el plazo indeterminado, que acepta a su vez presunción en contrario– sí puede desnaturalizarse en un contrato de trabajo sujeto a modalidad y habrán de aplicarse las consecuencias previstas para éste tipo de contratos si es que se demuestra que los hechos se corresponden con la modalidad alegada en mérito a la causa objetiva de contratación que –en el marco de una función económico-social– fue contemplada por el ordenamiento jurídico; sin perjuicio que frente al despido arbitrario pueda hacerse efectivo el plazo inicialmente fijado.

²⁹⁹ Cfr. J. DIOGUARDI, *Teoría general del proceso...*, cit., pp. 304-305.

4.1. Breve análisis económico: El fraude a la ley y la necesidad de aplicar como norma indemnizatoria el artículo 76° del D.S. 003-97-TR.-

Antes de desarrollar la necesidad de aplicar el mencionado artículo –el cual prescribe que si el empleador, vencido el período de prueba, resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce remuneraciones–, consideramos pertinente realizar un breve análisis económico desde la perspectiva del empleador y la perspectiva del trabajador a fin de demostrar la posibilidad de fraude a la ley, que de acuerdo a los casos planteados se concreta como una consecuencia de la simulación relativa y vuelve pertinente la aplicación de dicha norma, aunque pareciera que no es necesario profundizar mucho en la referida necesidad partiendo del hecho de que una vez demostrada la existencia de un contrato de trabajo a plazo fijo por encima de la forma civil “elegida” por las partes habría que aplicar las consecuencias previstas para este tipo de contratos.

En los capítulos anteriores habíamos aclarado que el contrato de trabajo es un contrato por adhesión. Sin embargo, frente a la simulación del contrato civil que involucra “mitigación” de los efectos naturales del contrato de trabajo, es necesario realizar el siguiente análisis:

- a) En el caso del empleador: Después de “mitigar” los efectos naturales del contrato de trabajo, que importan una elevación de los costos, retornando a los ejemplos citados, se derivan las siguientes consecuencias:
 - a. Tratándose del prestador de servicios que es contratado cada verano y demanda el reconocimiento de un contrato de trabajo sujeto a modalidad, partiendo de la actual aplicación del principio de primacía de la realidad que hacen los operadores del derecho, pueden darse los siguientes extremos:
 - i. Declararse improcedente: No representa ningún costo para el empleador.

- ii. Declararse infundada: No representa ningún costo significativo para el empleador aún con las costas y costos procesales que pudieran devengarse del proceso.
- b. Tratándose del prestador de servicios que es contratado como locador para desempeñarse durante el plazo de un año, frente a una eventual demanda cuya pretensión sea de reconocimiento de un contrato de trabajo sujeto a modalidad y la indemnización por despido arbitrario para este tipo de contratos, partiendo de la actual aplicación del principio de primacía de la realidad que hacen los operadores del derecho, pueden darse los siguientes extremos:
- i. Declararse improcedente: No representa ningún costo para el empleador.
 - ii. Declararse infundada: No representa ningún costo significativo para el empleador aún con las costas y costos procesales que pudieran devengarse del proceso.
 - iii. Declararse fundada en parte, reconociéndose la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado: Tampoco representa un mayor costo para el empleador, porque la base de cálculo de la indemnización es por cada año de servicios y no por los meses que faltaban para el vencimiento del contrato.

Como podemos apreciar de los extremos expuestos, aunque al inicio se trate de una simulación relativa, las consecuencias que de ello se derivan obedecen a un supuesto de fraude a la ley, pues al empleador le resulta menos costoso simular e incumplir el contrato³⁰⁰. Paradójicamente se podría incentivar tal fraude en una forma indirecta toda vez que el empleador

³⁰⁰ Cabe citar aquí la crítica hecha por Pasco Cosmópolis, quien considera la legislación peruana innovó en una forma un tanto errática toda vez que “en nuestro país ocurre un hecho paradójico, por la evolución de la legislación ocurrida en la última década, muchas veces resulta más oneroso despedir a un trabajador sujeto a un contrato fijo que a uno vinculado por tiempo indeterminado. De modo inconsciente, ya que no deliberado, con ello se fomenta la contratación típica (o plazos cortos en la contratación precaria), pues si el empleador decide extinguir el contrato en el primer supuesto debe abonar una remuneración y media por cada mes que el trabajador deje de laborar, con un tope de doce remuneraciones”. (M. PASCO COSMÓPOLIS, “Los contratos temporales...”, cit., p. 506).

fácilmente se encuentra en la posibilidad de hacer de estos usos una “costumbre” o “política” empresarial, jugando con la estabilidad laboral no solo de uno sino de varios trabajadores.

- b) En el caso del trabajador: Como es natural, frente a tal desequilibrio, y confiando en la buena fe de las partes del contrato, el trabajador, en base a la contraprestación que ha de percibir, elabora una verosímil proyección económica sobre los derechos y obligaciones a adquirir durante la época de vigencia del contrato, dándose las siguientes posibilidades:
 - a. Tratándose del prestador de servicios que es contratado cada verano que demanda el reconocimiento de un contrato de trabajo sujeto a modalidad, partiendo de la actual aplicación del principio de primacía de la realidad que hacen los operadores del derecho, pueden darse los siguientes extremos:
 - i. Declararse improcedente: Arriesga las posibilidades de ser contratado en las próximas temporadas.
 - ii. Declararse infundada: Arriesga las posibilidades de ser contratado en las próximas temporadas.
 - b. Tratándose del prestador de servicios que es contratado como locador para desempeñarse durante el plazo de un año, frente a una eventual demanda cuya pretensión sea de reconocimiento de un contrato de trabajo sujeto a modalidad y la indemnización por despido arbitrario para este tipo de contratos, partiendo de la actual aplicación del principio de primacía de la realidad que hacen los operadores del derecho, pueden darse los siguientes extremos:
 - i. Declararse improcedente: Las expectativas económicas respecto de la finalización del trabajo se ven defraudadas.
 - ii. Declararse infundada: Las expectativas económicas respecto de la finalización del trabajo se ven defraudadas.

- iii. Declararse fundada en parte, reconociéndose la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado: A pesar de recibir una indemnización, esta tendrá como base de cálculo el año de servicios y no los meses que faltaban para el vencimiento del contrato. Al igual que en los otros casos, las expectativas económicas se ven defraudadas.

Aquí apreciamos que el trabajador por el solo hecho de accionar contra el empleador ha de invertir en tiempo y dinero, sin dejar de lado la inseguridad en la estabilidad laboral y las legítimas expectativas económicas que, por la ineficiencia del aparato judicial o la falta de previsión del legislador, han de verse defraudadas no una sino varias veces.

Del análisis económico tratado observamos que las consecuencias favorables para el empleador y perjudiciales para el trabajador en éste caso obedecen a un supuesto de fraude a la ley. Al mismo tiempo, se atenta de dos formas contra la dignidad del trabajador, toda vez que: 1) Éste es reducido a un objeto o cifra económica que de acuerdo al costo/beneficio a su vez permite que sea tratado como un objeto; 2) Se vulnera la buena fe y la confianza del trabajador se ve defraudada.

Considerando que la observancia del principio de buena fe –que proscribe cualquier forma de fraude laboral– encuentra su fundamento último en el respeto de la dignidad humana debido a que ambos sujetos mediante el contrato de trabajo dan cauce los fines, intereses y aspiraciones que derivan de su racionalidad, reconociendo la igual autodeterminación de las partes, con todo el contenido ético, jurídico y social que comporta el acto³⁰¹, en consecuencia se imponen límites a las facultades del empleador y también al despido³⁰².

Por otro lado es pertinente citar la proscripción que hace la teoría del abuso del derecho en el sentido de que, en materia laboral, el empleador –efectuado el análisis económico de su incumplimiento– no haga un uso irregular de la indemnización prevista para los contratos a

³⁰¹ Cfr. L. PACHECO ZERGA, *La dignidad humana...*, cit., p. 52.

³⁰² Cfr. C. MANGARELLI, “Tendencias...”, cit., p. 96.

- No hay que descuidar que en la figura del despido se han concentrado los esfuerzos del legislador para rodearla de exigencias sustantivas y formales que a su vez constituyan garantías destinadas a proteger al trabajador frente a la arbitrariedad. (Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 109).

plazo indeterminado a fin de no ser sancionado con el pago de la indemnización prevista para los contratos sujetos a modalidad³⁰³. En ese sentido, es necesario seguir una lógica inversa a la que inspira el abaratamiento del despido³⁰⁴.

En consecuencia, podemos concluir la pertinencia de aplicar la mencionada norma indemnizatoria frente al despido arbitrario, no sólo porque económicamente beneficie más al trabajador sino porque tal omisión importa un mensaje social que incentiva el fraude a la ley y el incumplimiento por encima de los deberes de buena fe atentando contra la dignidad del trabajador³⁰⁵. No olvidemos que el artículo 27º de la Constitución exige una protección adecuada frente al despido y no cualquier protección aparente o insuficiente, de modo que solo una medida que sea capaz de servir de freno a un despido arbitrario puede ser considerada como adecuada³⁰⁶.

5. La interpretación finalista como mejor alternativa de aplicación de la primacía de la realidad para alcanzar la justicia en el Derecho Laboral.-

A lo largo de la presente investigación hemos incidido en que, frente a la intensa tentación de disimular la realidad para huir del carácter protector del Derecho del Trabajo³⁰⁷, el principio

³⁰³ Un ejemplo de uso irregular de la facultad de despido e indemnización tarifada se encuentra en los hechos del caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A. En este caso se aprecia que las empresas demandadas, amparadas en el cumplimiento del artículo 34º del D.S. 003-97-TR que ordena la indemnización por despido arbitrario, se dedicaron a despedir sistemáticamente a los trabajadores sindicalizados, motivo por el cual el Tribunal Constitucional consideró que dicho artículo resultaba incompatible con el derecho al trabajo porque vaciaba de contenido este derecho constitucional toda vez que éste proscribía el despido salvo por causa justa y no habilita a ejercer el despido incausado o arbitrario. (STC Exp. N° 1124-2001 AA/TC, del 11 de julio de 2002, F.J. 5, 7, 12).

- Sobre el despido y la indemnización tarifada Arce Ortiz y Neves Mujica expresan: “Ni qué decir, del despido. Al aceptarse la posibilidad de que el empleador pueda despedir sin imputar una causa al trabajador y solo pagando una indemnización..., el legislador peruano optó por dar visos de legalidad a un eventual acto empresarial abusivo”. (E. ARCE ORTIZ Y J. NEVES MUJICA, *Código del Derecho Laboral...*, cit., p. 28). En ese sentido, Blancas Bustamante critica que el incumplimiento del empleador solo generaría el derecho a obtener la reparación correspondiente, tratándose de un “despido pagado” no sujeto a requisitos de fondo en cuanto a la existencia de una causa como elemento legitimador del despido. (Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., pp. 115-117).

³⁰⁴ Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 180.

³⁰⁵ Plá Rodríguez expresó que la eficacia de todas las medidas restrictivas al despido dependerán principalmente de su onerosidad pues cuanto más gravosas sean las sanciones menos despidos injustificados habrá. Si las indemnizaciones son mínimas, no funcionan como sistema restrictivo, y si son elevadas, operarán como estímulo negativo, por tratarse de una limitación elástica en la que actúan frenos económicos y no jurídicos. (Cfr. A. PLÁ RODRÍGUEZ, *Los Principios del Derecho del Trabajo...*, cit., pp. 241-242.; Cfr. C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., pp. 114-115).

- Pasco Cosmópolis afirma que poco o nada sirve reclamar la primacía de la realidad si las leyes destruyen con sus preceptos imperativos la realidad incontrovertible en el plano teórico, siendo inútil reclamar buena fe en la relación laboral si los jueces son timoratos y no sancionan el fraude y el abuso. (Cfr. M. PASCO COSMÓPOLIS, “Reafirmación de los principios...”, cit., p. 35).

³⁰⁶ C. BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales laborales...*, cit., p. 146. Un similar criterio se aprecia en la STC Exp. N° 1124-2001 AA/TC, del 11 de julio de 2002, F.J. 5, 7, 12.

³⁰⁷ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., pp. 270-271.

de primacía de la realidad adquiere una vital importancia a fin de que se reconozcan las relaciones laborales subsistentes bajo las formas contractuales “libremente” elegidas por las partes en contra del orden público laboral.

Conscientes de que el Derecho del Trabajo actual no es el mismo que el de ayer, reconocemos que es necesario actualizar los mecanismos jurídicos de tutela del trabajador a fin de que estos no sucumban a los diversos intereses en juego, más aún cuando –en palabras de Arce Ortiz – el principio protector se encuentra en crisis debido a la pérdida del sentido tuitivo del Derecho del Trabajo³⁰⁸. La tensión existente entre las nuevas formas de trabajo y la necesidad de tutela del trabajador se funden en el reto de asimilar las primeras sin descuidar la segunda, que también involucra la conciliación del progreso económico con la justicia social³⁰⁹. Sin embargo las tensiones advertidas vienen acompañadas de otros hechos como la variación en las formas de desenvolvimiento empresarial, la mentalidad de los trabajadores, la aparición de zonas grises entre el Derecho Civil y el Derecho Laboral, con la correspondiente tendencia a “retornar” o acogerse a las normativas del primero.

Frente a los problemas que hemos advertido, consideramos que una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad que tenga como propósito inmediato el reconocimiento de la relación de trabajo y propósito mediato asegurar la protección de la dignidad del trabajador –sustento inmutable frente a todas las variaciones que pueden haber en las formas de organización y distribución del trabajo– nos permitirá aliviar éstas tensiones existentes entre el hombre, el trabajo y la economía. De esta forma, después de conciliar las tensiones antes mencionadas, libremente de conflictos, se recuperarán muchos de los espacios perdidos para el Derecho Laboral, y es que todo aquello que se encuentre antes o fuera del contrato de trabajo o

³⁰⁸ Cfr. E. ARCE ORTIZ, *Derecho individual del trabajo...*, cit., p. 69.

- Pasco Cosmópolis incide en que la majestad de los principios reside en buscar las esencias sin distraerse en las apariencias, a diferencia de las normas o leyes que son efímeras y responden muchas veces al cálculo político o al servicio de los intereses. Esto último explica el por qué normas de apariencia justiciera pueden ser profundamente perjudiciales ya sea por ser inequitativas o nocivas. (Cfr. M. PASCO COSMÓPOLIS, “Reafirmación de los principios...”, cit., p. 35).

- Gamonal Contreras afirma que la complejidad de las situaciones en las que se desenvuelve el Derecho del Trabajo es la característica más trascendente al encontrarse presente en el sistema y volver obsoletas las normas, a veces rígidas, otras veces inaplicables en la práctica o de difícil control por la autoridad. Sumándose a ello que muchas veces el legislador es incapaz de adecuarse a los cambios en forma oportuna, y al momento de legislar, lo hace con demasiada rapidez. (Cfr. S. GAMONAL CONTRERAS, *Fundamentos del Derecho...*, cit., p. 24).

³⁰⁹ Cfr. J. MONTALVO ROMERO Y S. MONCAYO RODRÍGUEZ, “Origen y actualidad...”, cit., p. 5; Cfr. G. CRUCES Y A. HAM, *La flexibilidad...*, cit., p. 12.

que no guarde relación alguna con éste, materialmente no otorga nada que tutelar, en esencia no permite aplicar el Derecho Laboral, lo que determina que en todo caso tengan que aplicarse otras normas porque también esta rama del Derecho tiene el deber de no interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales³¹⁰. Por esa razón es necesario fortalecer el referido principio, pues éste constituye el principal ariete ofensivo/defensivo de tal cometido en la presunción de la existencia de una relación de trabajo entre quien presta un servicio personal y el que lo recibe³¹¹.

En otras palabras, la interpretación finalista obedece a cabalidad a la esencia del principio de primacía de la realidad cuando éste hace frente a todas aquellas situaciones que pretenden reconducirse a figuras distintas para evadir la aplicación del Derecho del Trabajo³¹², haciendo efectivo el viejo aforismo del derecho civil que enuncia que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son, de lo que resulta el descubrimiento de la verdadera realidad jurídica existente para tutelar la dignidad del trabajador.

6. Consecuencias en materia procesal.-

Para concluir ésta investigación, y a fin de no dejar lugar a dudas, sólo nos queda decir que en cuanto a las consecuencias que en materia procesal puedan derivarse de éste problema, que habrá de ser resuelto en última instancia por el Juzgador –siguiendo la especificación de Sanguinetti Raymond – el trabajador es el único que puede demandar la aplicación del principio de primacía de la realidad³¹³, correspondiendo sólo a éste alegar y demostrar la temporalidad de las prestaciones realizadas pues no basta la mera afirmación de que lo pactado o la documentación suscrita no se ajustan a la realidad de los hechos³¹⁴, y tales demostraciones o medios probatorios ofrecidos tanto por el trabajador como por el empleador –que por el principio de veracidad se encuentra obligado a contribuir con la búsqueda de la verdad material por

³¹⁰ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), R198, Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198). Núm. 8.

³¹¹ Cfr. H. VILLASMIL PRIETO, “Los desafíos del Derecho del Trabajo...”, cit., p. 733-734.

³¹² Cfr. P. RIVAS VALLEJO, “La evolución del concepto...”, cit., p. 68.

³¹³ Cfr. W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios...*, cit., pp. 67-68.

³¹⁴ Cfr. A. VÁSQUEZ VIALARD *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomo II...*, cit., p. 272.

encima de la verdad formal– habrán de ser valoradas en forma conjunta en el marco de ambos principios.

Finalmente, por las razones antes expuestas, frente a la alegación que haga el prestador de servicios sobre la laboralidad de la prestación, al invertirse o distribuirse la carga de la prueba, sólo corresponderá al empleador demostrar lo contrario –es decir, demostrar que era de carácter civil o mercantil– y no la temporalidad de la prestación.

CONCLUSIONES

1. Tomando en cuenta que el principio de primacía de la realidad tiene por función ser un mecanismo de preservación del orden público laboral y por fundamento principal a la dignidad humana, concluimos que dicho principio tiene una finalidad inmediata que es el reconocimiento de la verdadera relación laboral –en el caso del fraude a la ley, mediante la aplicación de la norma eludida, y en el caso de la simulación relativa, mediante el reconocimiento de la relación laboral– y una finalidad mediata que es la defensa de la dignidad del trabajador; siendo que al corresponderse ambas finalidades recíprocamente, las nuevas formas de prestación de servicios no pueden dar lugar al fraude laboral.

2. Respecto del cumplimiento de la finalidad inmediata de la primacía de la realidad, luego del estudio de las semejanzas y diferencias entre los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de locación de servicios y del contrato de trabajo modal, surgen las objeciones que versan sobre el requisito de la formalidad de los contratos modales y la causa objetiva de contratación.

A propósito de tales objeciones, hemos demostrado que la formalidad escrita del contrato de trabajo modal es probatoria toda vez que el contrato de trabajo viene determinado por la prestación efectiva de servicios, la ley no ha sancionado su omisión con la nulidad y su cumplimiento se encuentra dirigido al empleador a fin de evitar el fraude laboral. Asimismo, en cuanto al principio de causalidad de los contratos modales, hemos demostrado que este se identifica con la causa fin del acto jurídico por tratarse de hechos con relevancia económico-social, siendo que el señalamiento de la causa objetiva de contratación mediante la forma escrita también obedece a evitar el fraude laboral por el empleador.

En consecuencia, frente a la insubsistencia de dichas objeciones, es posible que frente a un eventual proceso judicial por desnaturalización, el prestador de servicios pueda alegar y demostrar la causa objetiva de contratación aunque el empleador no la hubiera consignado.

3. Por otro lado, respecto de la finalidad mediata, recordando que el principal fundamento de la primacía de la realidad es la dignidad humana, concluimos que éste principio no hace sino tutelar

la dignidad del trabajador a través de los rasgos ontológicos de la racionalidad, incomunicabilidad, socialidad y juridicidad, de lo cual resultan las relaciones de género-especie, causa-efecto, instrumental y de necesidad entre el principio protector y el de primacía de la realidad, sin dejar de lado la observancia del principio de buena fe. Por ese motivo, una adecuada aplicación del principio de primacía de la realidad no puede permitir la simulación relativa o el fraude a la ley.

4. Después de demostrar que: 1) la actual realidad económica, social y empresarial que exige una rápida adaptación de la primacía de la realidad a fin de no quedar desfasada frente al fraude laboral; 2) los requisitos de formalidad y causalidad del contrato modal no constituyen una objeción a la desnaturalización toda vez que el prestador de servicios puede alegar y probar la temporalidad de la prestación, e incluso invocar la validez del plazo inicialmente pactado pues en ambos contratos –incluyendo el de duración indeterminada– éste constituye un elemento accidental que por mandato de la ley, salvo prueba en contrario, tiene la cualidad de supletorio en beneficio del trabajador, por lo cual nada obsta para que el trabajador quiera invocar la validez del plazo pactado; concluimos que un contrato de locación de servicios sí puede desnaturalizarse en un contrato de trabajo sujeto a modalidad y puede aplicarse la norma indemnizatoria frente al despido arbitrario en los contratos de trabajo a plazo fijo a fin de evitar el fraude laboral.

5. En suma, después de demostrar nuestra hipótesis, nos permitimos concluir que nuestra propuesta –la interpretación finalista– obedece a cabalidad a la esencia del principio de primacía de la realidad toda vez que fortalece su aplicación frente a todas aquellas situaciones que pretenden reconducirse a figuras distintas para evitar la aplicación del Derecho del Trabajo, sin descuidar la necesidad de tutelar la dignidad del trabajador como núcleo inmutable y centro del ordenamiento jurídico, y sin menoscabar la realidad económica. En ese orden de ideas, nuestra propuesta no constituye un instrumento para destruir la actividad económica o empresarial sino para incentivar la formalidad y veracidad de ambos sistemas frente a la huida del Derecho del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

STC Exp. N° 0991-2000-AA/TC, del 21 de diciembre de 2000.

STC Exp. N° 1124-2001 AA/TC, del 11 de julio de 2002.

STC Exp. N° 1397-2001-AA/TC, del 09 de octubre de 2002.

STC Exp. N° 1944-2002-AA/TC, del 28 de enero de 2003.

STC Exp. N° 2945-2003-AA/TC, del 20 de abril de 2004.

STC Exp. N° 2016-2004-AA/TC, del 05 de octubre de 2004.

STC Exp. N° 0042-2004-AI/TC, del 13 de abril de 2005.

STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, del 03 de junio de 2005.

STC Exp. N° 0051-2004-AI/TC, del 03 de junio de 2005.

STC Exp. N° 0004-2005-PI/TC, del 03 de junio de 2005.

STC Exp. N° 0007-2005-PI/TC, del 03 de junio de 2005.

STC Exp. N° 0009-2005-PI/TC, del 03 de junio de 2005.

STC Exp. N° 0008-2005 PI/TC, del 12 de agosto de 2005.

STC Exp. N° 4699-2005-PA/TC, del 31 de enero de 2006.

STC Exp. N° 2273-2005-PHC/TC, del 20 de abril de 2006.

STC Exp. N° 02069-2009-PA/TC, del 25 de marzo de 2010.

STC Exp. N° 1477-2010 PA/TC, del 19 de octubre de 2011.

STC Exp. N° 01193-2011-PA/TC, del 10 de enero de 2012.

STC Exp. N° 5057-2013-PA/TC, del 16 de abril de 2015.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PERUANA

Cas. N° 1739-2003-Puno.

Cas. N° 476-2005, del 19 de abril de 2013.

Cas. N° 9374-2012-Arequipa, del 19 de abril de 2013.

Cas. N° 4936-2014 – Callao, del 25 de mayo de 2015.

JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA

STS de España (RJ 1991, 3909), del 13 de mayo de 1991.

STC de España 53/1985, del 11 de abril de 1985.

STC de España 120/1990, del 27 de junio de 1990.

Sentencia N° 489, de fecha 13 de agosto de 2002, expediente R.C. N° AA60-S-2002-00006 (Venezuela).

NORMATIVA PERUANA

Constitución Política (1993)

Código Civil (1984)

Decreto Legislativo 728

Decreto Supremo N° 003-97-TR (Texto único ordenado del D.L. 728)

Ley N° 28806 (Ley general de inspecciones)

Decreto Legislativo 26636 (Antigua Ley procesal del trabajo)

Ley N° 29497 (Nueva Ley procesal del trabajo)

Pleno Jurisdiccional Laboral 2000

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), Directiva General N° 002-2004-MTPE/SG/OGA - Contratación por Locación de servicios y servicios no Personales en el Ministerio De Trabajo y Promoción Del Empleo (MTPE). http://www.mintra.gob.pe/contenidos/portal_de_transparencia/administracion/directiva_contratacion_personal.pdf (Último acceso: 12-05-2016)

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), Noticia “Contratación temporal debe sustentarse en principio de causalidad”, (19/11/2012). Disponible en <http://www.mintra.gob.pe/mostrarNoticias.php?codNoticia=3841> (Último acceso: 12-05-2016)

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Políticas nacionales de empleo*, Lima, 2012, 2ª ed.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Informe anual del empleo en el Perú 2014*, Lima, 2015.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Informe: Demanda de ocupaciones al 2016 (EDO) III Trimestre 2015*, Lima, 2016.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Boletín Estadístico I semestre 2012*, Lima.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Boletín Estadístico I semestre 2013*, Lima.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Boletín Estadístico I semestre 2014*, Lima.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE), *Boletín Estadístico I semestre 2015*, Lima.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La reforma laboral en América Latina: Un análisis comparado*, 2000, 1ª ed.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) – Ginebra, *El empleo de los jóvenes: vías para acceder a un trabajo decente*, IV Informe, Promoción del empleo de los Jóvenes: abordar el desafío, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª reunión, 2005.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) – Ginebra, *Reducir el déficit de trabajo decente*, Suiza, 1º ed.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), R198, Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Oficina Regional para Latinoamérica y el Caribe, *Panorama laboral 2012. América Latina y el Caribe*, Lima, 2012, 1ª ed.

DOCTRINA

AGUIRRE ROMÁN, J., Y BOHÓRQUEZ MONSALVE, V., “Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos”, *SUR: Revista Internacional de Derechos Humanos*, N°11, (Diciembre 2009). Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24903.pdf> (Último acceso: 12-05-2016)

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I: Introducción y parte general*, Editorial Edisofer, Madrid, 2009, 18ª ed.

ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México 3ª reimpr., 2006.

ALONSO GARCÍA, M., *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Ariel, Madrid, 1945, 3ª ed.

ALONSO OLEA, M., *Introducción al derecho del trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M., *Derecho del trabajo*, Civitas Ediciones, Madrid, 2009, 26ª ed.

ARAUJO SÁNCHEZ, E., “Los negocios jurídicos fraudulentos y simulados en las relaciones jurídicas individuales del régimen laboral especial de construcción civil”, *Revista Ita est*, Facultad de Derecho, Universidad de San Martín de Porres, (Septiembre 2011). Disponible en http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2013/Articulos_estudiantiles/09-2011_los%20negocios%20juridicos%20fraudulentos%20y%20simulados.pdf (Último acceso: 12-05-2016)

ARCE ORTIZ, E., *La contratación temporal en el Perú*, Editorial Grijley, Lima, 2008.

ARCE ORTIZ, E., *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Editorial Palestra, Lima, 2013, 2º ed.

ARCE ORTIZ, E., Y NEVES MUJICA, J., *Código del Derecho Laboral. Volumen I: Régimen laboral de la actividad privada*, Palestra Editores, Lima, 2011.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, M., *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo III*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 1989, 1ª ed.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, M., *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo II*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2011, 2ª ed.

ÁVILA, H., *Teoría de los principios*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2011.

BARASSI, L., *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo II*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953.

BAYUGAR, M., *Simulación y Fraude Laboral*, Portal Web de Asistencia Jurídica. Disponible en <http://www.abogadadefensora.com.ar/derecho-laboral-tac/7simulacion-fraude.pdf> (Último acceso: 12-05-2016)

BELTRÁN PACHECO, J., “Prestación de servicios”, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Dir.), *Código Civil Comentado. Tomo IX*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 3ª ed.

BERNARDONI DE GOVEA, M., “Seguridad social y formas atípicas de trabajo”, XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, Lisboa, Septiembre 20 al 22 de 2006, *Revista Gaceta Laboral. Volumen 13*, Universidad del Zulia, Venezuela, Núm. 3, (2007).

BLANCAS BUSTAMANTE, C., *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2007.

BLANCAS BUSTAMANTE, C., *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales*, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011.

BLANCAS BUSTAMANTE, C., *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Editorial Palestra, Lima, 2015.

BORDA, A., *La teoría de los actos propios*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, 4ª ed.

BOZA PRO, G., “Principio de primacía de la realidad y función inspectiva del Ministerio de Trabajo”, Academia de la Magistratura, Perú, (Octubre 2001), Disponible en: http://catalogo.amag.edu.pe/web/html/servicios/archivos_articulos/2001/Boza_primacia.htm (Último acceso: 12-05-2016)

BRAVO ARRIAGADA, M., Y ROSAS CHUAQUI, J., *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el derecho del trabajo*, Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2006. En Cybertesis Chile. Disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2006/bravo_m/html/index-frames.html (Último acceso: 12-05-2016)

CALDERA, R., *Derecho del Trabajo. Tomo I*, Librería “El Ateneo” Editorial, Argentina, 1960, 2ª ed.

CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, Editorial Aguilar, Madrid, 1956.

CASTILLO DÁVILA, M., “Filosofía del trabajo”, en J. RENDÓN VÁSQUEZ *et alii*, *¿Quo vadis jus?: estudios jurídicos en homenaje al profesor Carlos La Hoz Tirado*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994.

CASTILLO FREYRE, M., Y SABROSO MINAYA, R., *La teoría de los actos propios*, Marzo 2006, 1ª ed.

CASTILLO SERRANO, M., “El poder negocial del trabajador en el contrato individual de trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 1-2005, (Enero 2005).

CHACALTANA, J., *Los costos laborales en el Perú*, Publicación de la Organización Internacional del Trabajo, Lima, 1998, versión sin editar. Disponible en [http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/costos_laborales/costos_lab_peru\[JCH\].pdf](http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/costos_laborales/costos_lab_peru[JCH].pdf) (Último acceso: 12-05-2016)

CHACALTANA, J., *Empleos para los jóvenes*, Publicación de las Naciones Unidas, 2006.

CHAVARRO CADENA, J. Y CORTÉS GUZMÁN, G., *Cartilla laboral y Seguridad Social*, Editorial Nueva Legislación, Bogotá, 2012, pp. 11-102.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*, Editorial Palestra, Lima, 2012, 1ª ed.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, J., *Persona humana y Derecho. Un diálogo con la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Editorial Porrúa, México, 2014.

CIUDAD REYNAUD, A., “Evolución y tendencias recientes del Derecho del Trabajo en América Latina”, en P. KURCZYN VILLALOBOS, (coord.), *Evolución y tendencias recientes del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en América. Memoria del VI Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 2006, 1ª ed.

CIUDAD REYNAUD, A., *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo como base del trabajo decente*.

DE BUEN LOZANO, N., *Derecho del trabajo. Tomo I*, Editorial Porrúa, México, 2008, 18ª ed.

DE LA CUEVA, M., *El nuevo derecho mexicano del trabajo, Tomo I*, Editorial Porrúa S.A., México, 1977, 22ª ed.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., “Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Prestación de Servicios”, en D. REVOREDO DE DEBAKEY (Comp.), *Código Civil. Parte III. Tomo IV*, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985.

DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, A., “Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿Regla o excepción?”, en SOCIEDAD PERUANA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SPDTDSS), *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Grijley, Lima, 2004.

DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, Editorial Bosch, Barcelona, 1963, 9ª ed.

DIEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Volumen I*, Tecnos, Madrid, 2001, 11º ed.

DIOGUARDI, J., *Teoría general del proceso*, Editorial Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 2010, 1ª ed.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 2010, 1ª ed., 8ª reimpr.

ESPINOZA PRIETO, A., “El principio de la primacía de la realidad o de los hechos y el pecado contra el ideal”, en *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Volumen I*, Fundación Universitas, Venezuela, 2011.

ESTIGARRIBIA BIEBER, M., “Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios”, *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo IX*, Universidad Católica de Córdoba, Alveroni Ediciones, (2007-2008).

FERRÁNDIZ GABRIEL, J., “El contrato en fraude de ley”, *La Notaría - Boletín* (desde 1995), Col·legi de Notaris de Catalunya, Barcelona, Núm. 10/1997 (Octubre 1997). Id. vLex: VLEX-232700. Disponible en <http://vlex.com/vid/contrato-fraude-ley-232700> (Último acceso: 12-05-2016)

FERRARA, F., *La simulación de los negocios jurídicos. Volumen IV*, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2004.

GAMONAL CONTRERAS, S., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

GAMONAL CONTRERAS, S., *Fundamentos del Derecho Laboral*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2014, 4ª ed.

GARCÍA VARA, J., “Existencia de una relación por prestación de servicios. Prioridad de la realidad de los hechos”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 12, (Diciembre 2011).

GARMENDIA ARIGÓN, M., “La nueva consideración de la empresa y su influencia sobre la caracterización de las relaciones laborales”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 2-2006, (Enero 2006).

GARMENDIA ARIGÓN, M., “Valores y principios fundamentales del Derecho del Trabajo: Vigencia y perspectivas de futuro”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 04, (Diciembre 2007).

GIORLANDINI, E., “Reflexiones sobre trabajo y economía”, *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*, Buenos Aires, Núm. 48, (Mayo 2009). Id. vLex: VLEX-79884926. Disponible en <http://vlex.com/vid/reflexiones-trabajo-economia-79884926> (Último acceso: 12-05-2016)

GÓMEZ VALDEZ, F., *El contrato de trabajo. Parte general. Tomos I-II*, Editorial San Marcos, Lima, 2000.

GONZÁLES, A., “La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. Concepciones de la dignidad”, en BALLESTEROS, J., Y APARISI MIRALLES, A., (eds.), *Biotechnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Eunsa, Pamplona, 2004. Disponible en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/17054/1/Dignidad.concepciones.pdf> (Último acceso: 12-05-2016)

HERNÁNDEZ RUEDA, L., “Poder de dirección del empleador”, en DE BUEN LOZANO N., Y MORGADO VALENZUELA, M.,(coords.), *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad*

Social, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 1997.

HERVADA XIBERTA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 2008, 4ª ed.

HERVADA XIBERTA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 2011, 11ª ed.

HOYOS, I.M., *De la dignidad y de los derechos humanos. Una introducción al pensar analógico*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.

JAIME KELLERHOF, D., “Aplicabilidad del principio in dubio pro operario en la apreciación de los hechos y en la valoración de las pruebas”, 6º Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Memorias y Comunicaciones Derecho del Trabajo N° 13/2012 (Extraordinaria), *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 13, (Enero 2012).

KANT, I., *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza editorial, Madrid, 2012, 2ª ed.

KANT, I., *La metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 2005, 4ª ed.

KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 2009, 4ª ed., 9ª reimp.

KROTOSCHIN, E., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Volumen I*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, 4ª ed.

LAPOUBLE CHERO, A., *Manual teórico-práctico de derecho individual del trabajo*, Editorial Cultural Cuzco S. A., Lima, 1998.

LEÓN BARANDIARÁN, J., *Manual del acto jurídico*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1961.

MANGARELLI, C., “Tendencias del derecho del trabajo”, *Revista Gaceta Laboral. Volumen 15*, Universidad del Zulia, Venezuela, Núm. 1, (2009).

MASSINI, C., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en MASSINI, C.I., Y SERNA, P., (eds.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.

MENDIBURU MENDOCILLA, M., *Contratos de trabajo: teoría y práctica*, Editorial Normas Legales, Lima, 1998.

MONTALVO ROMERO, J., Y MONCAYO RODRÍGUEZ, S., “Origen y actualidad del derecho del trabajo”, en *Revista Letras Jurídicas*, Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, Veracruz-México, Núm. 22, (Julio 2010).

MORALES HERVIAS, R., *Patologías y remedios del contrato*, Jurista Editores, Lima, Julio 2011.

MOREYRA GARCÍA SAYÁN, F., *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, 1ª ed.

MURGAS-TORRAZZA, R., “La situaciones de fraude en la relación de trabajo. Doctrina, derecho comparado y situación en el derecho panameño”, en *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Volumen 2*.

MURO ROJO, M., “Locación de servicios”, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Dir.), *Código Civil Comentado. Tomo IX*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

NEVES MUJICA, J., *Introducción al derecho laboral*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, 2ª ed.

NUGENT VALVERDE, R., “El trabajo dependiente y el trabajo autónomo, la crisis de la subordinación”, *Revista Cultura*, Revista de la Asociación de Docentes de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, N° 20, (Diciembre 2006).

OJEDA AVILÉS, A., E IGARTUA MIRÓ, M., “La dignidad del trabajador en la doctrina del tribunal constitucional. Algunos apuntes”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Núm. 73, (Mayo 2008).

OLIVOS CELIS, M., "Diferencias injustificadas: El tratamiento de la simulación de los actos jurídicos como institución y como causal de nulidad según el Código Civil de 1984", *IUS Revista de Investigación Jurídica*. Volumen I, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, (Enero 2011), Núm. 1.

ORSSINI, J.I., “Los principios del derecho del trabajo”, en CORBETTA, J.C., (Dir.), *Anales*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Año 7, N° 40, Nueva serie 2009-2010.

PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

PALAVECINO CÁCERES, C., *Los principios del derecho del trabajo*.

PASCO COSMÓPOLIS, M., “El Principio protector en el Derecho Procesal del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Editorial PUCP, Lima N°48, (1994).

PASCO COSMÓPOLIS, M., “El principio protector en el proceso laboral”, *Revista de Iure*, Editada por los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 1, (1999).

PASCO COSMÓPOLIS, M., “Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo”, en SOCIEDAD PERUANA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (SPDTS), *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Grijley, Lima, 2004.

PASCO COSMÓPOLIS, M., “Los contratos temporales: exposición y crítica”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Editorial PUCP, Lima N°68, (2012).

PERALTA ANDÍA, J., Y PERALTA ZECENARRO, N., *Fuentes de las obligaciones en el Código Civil*, Editorial IDEMSA, Lima, 2005, p. 606;

PERONE, G., “Crisis económica y Derecho del Trabajo”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, N° 08, (Diciembre 2009).

PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2013.

PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 3ª ed., 1998.

PODETTI, H., “Los principios del derecho del trabajo”, en DE BUEN LOZANO N., Y MORGADO VALENZUELA, M.,(coords.), *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de México (UNAM), México, 1997.

PUNTRIANO ROSAS, C., “La prueba de la relación de trabajo en el proceso laboral. A propósito de la vigente y nueva ley procesal del trabajo”, *Diálogo con la jurisprudencia*, Guía Práctica N° 3, (Noviembre 2010).

RENDÓN VÁSQUEZ, J., *Manual de derecho del trabajo individual*, Ediciones Tarpuy, Lima. 1981.

RIVAS VALLEJO, P., “La evolución del concepto de trabajador en el Derecho Español: Del asalariado al autónomo dependiente”, *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 04, (Diciembre 2007).

ROMERO MONTES, F., *El nuevo proceso laboral” Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Editorial Grijley.

ROPPO, V., *El contrato*, Editorial Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2009, 1ª ed.

RUBIO CORREA, M., *Nulidad y anulabilidad*, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, 6ª ed.

RUIZ RIQUERO, J., “Luces y sombras en la aplicación del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia laboral peruana”, *Soluciones Laborales*, N° 64, (Abril 2013).

SANGUINETI RAYMOND, W., *Derecho constitucional del trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, 1ª ed., 2ª reimpr.

SANGUINETI RAYMOND, W., *El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1988.

SANTA MARÍA D’ ANGELO, R., "Bases antropológicas para una fundamentación de los derechos humanos", *IUS Revista de Investigación Jurídica. Volumen I*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, (Enero 2011), Núm. 1.

SANTA MARÍA D’ ANGELO, R., *Dignidad Humana y “Nuevos Derechos*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Editorial Palestra, Perú, 2012.

SEMPERE NAVARRO, A., “La contratación temporal y el estatuto de los trabajadores: cuestiones generales”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 58, (Mayo 2006).

SEMPERE NAVARRO, A., Y CRISANTO CASTAÑEDA, A., “La costumbre en la aplicación del Derecho del Trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 88, (Julio 2011).

SILVA ORMEÑO, M., *El principio de primacía de la realidad*. Disponible en <http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm> (Último acceso: 12-05-2016)

SILVA VALLEJO, J., *Filosofía del Derecho*, Editorial Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 2009, 1º ed.

SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, C.I., Y SERNA, P., (eds.), *El derecho a la vida*, EUNSA, Pamplona, 1998.

TABOADA CÓRDOVA, L., *La causa del negocio jurídico*, Editorial San Marcos, Lima, 1999, 2ª ed.,

TABOADA CÓRDOVA, L., *Nulidad del acto jurídico*, Grijley, Lima, 2002, 2ª ed., 1ª reimpr.

TOLLER, F. “Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales”, en J.C. RIVERA *et alii* (Dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, Tomo I.

TORRES TAFUR, C., "¿La mera indicación de la causa objetiva vulnera el derecho al trabajo? Exigencias del Principio de Causalidad en la contratación a plazo fijo a propósito del voto mayoritario recaído en el Exp. N° 02766-2010-PA/TC", *IUS Revista de Investigación Jurídica. Volumen I*, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, (Enero 2011).

TORRES VÁSQUEZ, A., *Acto Jurídico*, Editorial Idemsa, Lima, 3ª ed.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J., “Validez y eficacia del contrato de trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Editorial PUCP, Lima, N°68, (2012).

UGARTE CATALDO, J., *El nuevo derecho del trabajo*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2004.

VÁSQUEZ VIALARD, A., *et alii*, *Tratado de derecho del trabajo. Tomos II-III*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982.

VIAL DEL RÍO, V., *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011.

VIDAL RAMÍREZ, F., “Definición de acto jurídico y elementos de validez”, en W. GUTIÉRREZ CAMACHO (Dir.), *Código Civil Comentado. Tomo I*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

VIDAL RAMÍREZ, F., *El acto jurídico*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2013, 9ª ed., actualizada, revisada y aumentada.

VIGO, R.L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.

VILLASMIL PRIETO, H., “Los desafíos del Derecho del Trabajo: solamente a manera de exordio”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Fundación Universitas, Venezuela, Núm. 03, (Enero 2007).

ZAVALETA CARRUITERO, W., *Código civil. Tomo I*, Editorial Rhodas, Lima, 2006, 2ª ed.

ZÚÑIGA VILLEGAS, W., *La protección constitucional de los derechos laborales en el marco de una economía social de mercado a propósito de los fallos del Tribunal Constitucional*, Sociedad Peruana De Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), II congreso nacional de la SPDTSS "Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional, 1,2 y 3 de noviembre de 2006.

ESTUDIOS SOCIOLÓGICOS

CAMPOS, M., Y ROJAS, P., “El monstruo inexistente: ¿qué tan Y es la generación peruana? Primer estudio sobre la Generación Y como fuerza laboral”, *Semana económica, Soluciones de Marketing*, (2014).

CRUCES, G., Y HAM, A., *La flexibilidad laboral en América Latina: las reformas pasadas y las perspectivas futuras*, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2010.

CUESTA, E., *et alii*, “La nueva generación y el trabajo”, en *Barbarói, Revista do Departamento de Ciências Humanas e do Departamento de Psicologia*, Universidade de Santa Cruz do Sul, n. 31, (ago/dez. 2009).

MANPOWER, INSURGENTES SUR, *Reescribiendo las reglas: La interacción generacional en el trabajo*, México, 2010.

MAGISTERIO DE LA IGLESIA CATÓLICA

S.S. LEÓN XIII, Carta Encíclica *Rerum novarum: Sobre la situación de los obreros*, 15 de mayo de 1891.

S.S. JUAN PABLO II, Carta Encíclica *Laborem exercens*, 14 de septiembre de 1981.

OTROS

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Anteproyecto de la Reforma de la Constitución. Congreso de la República. Abril de 2002.